# Über die verschiedenen Rechtsformen der Aufbewahrung fremder Wertpapiere („Depots“)

mit Rücksicht auf das sogen. Depot-Gesetz

(Gesetz, betreffend die Pflichten der Kaufleute bei Aufbewahrung fremder Wertpapiere, vom 5. Juli 1896).

## Inaugural-Dissertation,

der hohen

Juristenfakultät der Universität zu Tübingen

zur Erlangung der Doktorwürde

vorgelegt von

**Heinrich Wulff,**

I. Beigeordneter der Stadt Mülheim a. Rhein,

Gerichtsassessor a. D.



**Köln 1899.**

Druck und Verlag der Kölner Verlags-Anstalt und Druckerei, A.-G.

# Inhalts-Übersicht.

# Einleitung.

## § 1.

### Ueber die Rechtsgültigkeit des sogen. Depotgesetzes.

Das sogen. Depotgesetz oder, wie es in der amtlich veröffentlichten Ausgabe heißt, das „Gesetz, betreffend die Pflichten der Kaufleute bei Aufbewahrung fremder Wertpapiere" vom 5. Juli 1896, wurde auf Grund und zur künftigen Verhütung von zeitweilig in umfangreichem Maße aufgetretenen Einzel-Erscheinungen erlassen, und trägt, wie die meisten solcher Sondergesetze, gewissermaßen den Stempel einer beschleunigten Inbetriebsetzung der Gesetzgebungsmaschine in sich. Die großen Verluste nämlich, welche weite Kreise der Bevölkerung im Jahre 1891 infolge der Massen-Bankbrüche erlitten, machten jedem klar, daß die bis dahin übliche Art der Behandlung hinterlegter Wertpapiere seitens der Bankiers, infolge der jene Verluste entstanden waren, das Publikum in unerhörter Weise zu schädigen geeignet sei. Da das geschäftsunkundige Publikum sich selbst zu schützen fast gar nicht im stande ist, so mußte der Gesetzgeber eingreifen. Es wurde daher ein Gesetz-Entwurf ausgearbeitet und der damals zwecks Beratung eines Börsengesetzes tagenden Börsen-Enquete-Kommission im Jahre 1893 zur Begutachtung vorgelegt. Allein

diese Kommission konnte bei dem vorgerückten Stande ihrer Arbeiten in eine Einzelberatung nicht mehr eintreten und mußte sich deshalb mit einer allgemeinen Billigung der Grundauffassung des Entwurfs durch Resolution begnügen.[1]) Der Entwurf wurde sodann im Reichstage eingebracht,[2]) von diesem in der Sitzung vom 17. Juni 1896 angenommen (anscheinend einstimmig) und nach der am 5. Juli 1896 seitens des Kaisers erfolgten Vollziehung in der am 16. Juli 1896 ausgegebenen Nummer 19 des Reichsgesetzblatts veröffentlicht.

Schon bei der Abstimmung im Reichstage erfuhr unser Gesetz eine eigenartige Behandlung, indem dort 14 Paragraphen angenommen worden sind, während thatsächlich das veröffentlichte Gesetz nur 13 Paragraphen enthält. Kann nun auch aus diesem Umstande kein Zweifel bezüglich der Rechtsgültigkeit des Gesetzes entstehen, weil ein bloßes Versehen in der Anzahl bezw. Bezeichnung der angenommenen Paragraphen vorliegt und thatsächlich nur 13 Paragraphen angenommen sind, so liegt die Sache doch nicht so einfach hinsichtlich der Veröffentlichung des Gesetzes.

Da das Gesetz selbst einen Zeitpunkt für den Beginn seiner Rechtsverbindlichkeit nicht angiebt, so hat diese gemäß Art. 2 der Reichsverfassung mit dem vierzehnten Tage nach Ablauf desjenigen Tages, an dem das betreffende Stück des Reichsgesetzblattes in Berlin ausgegeben worden ist, also mit dem 30. Juli 1896 begonnen.

Nun erschien in der am 23. Juli 1896 in Berlin ausgegebenen Nummer 20 des Reichsgesetzblattes eine Richtigstellung des Gesetzestextes mit der Überschrift „Berichtigung“ und ohne

---

[1]) Vergl. Weber, Ergebnisse der deutschen Börsenenquete in Goldschmidt's Zeitschrift f. d. gesamte Hand.-Recht Bd. 43 S. 94.

[2]) Entwurf eines Börsengesetzes und eines Gesetzes, betreffend die Pflichten der Kaufleute bei Aufbewahrung fremder Wertpapiere, nebst den Begründungen. Berlin 1895.

Unterschrift.[1]) In dieser „Berichtigung“ heißt es, es seien in unserem Gesetzestexte folgende Richtigstellungen vorzunehmen:

1. in § 1 Absatz 1 Zeile 4 sei hinter „Banknoten“ einzufügen „und Papiergeld“, und Absatz 2 Zeile 1 statt „das Recht und die Pflicht“ zu setzen „etwaige Rechte und Pflichten“, sowie Zeile 3 statt „wird“ „werden“;
2. in § 3 Absatz 1 Zeile 6 sei statt „eines Dritten“ zu setzen „einen Dritten“.

Die Frage, ob diese „Berichtigung“ vom Richter bei der Anwendung des Gesetzes überhaupt zu berücksichtigen sei, hängt mit der Frage des richterlichen Prüfungsrechtes über die Rechtsgültigkeit der verkündeten Gesetze zusammen. Während gemäß Artikel 106 Absatz 2 der Preußischen Verfassung ein solches richterliches Prüfungsrecht gegenüber den Preußischen Gesetzen nicht besteht, muß es dem Richter gegenüber Reichsgesetzen zuerkannt werden, schon deshalb, weil ein reichsgesetzliches Verbot nicht besteht und ein landesgesetzliches nicht anzuwenden ist.[2])

Auf dieses bestehende richterliche Prüfungsrecht gestützt, ist in der Litteratur die Meinung hervorgetreten, daß infolge der, wenn auch nur in einigen Punkten, unrichtigen amtlichen Veröffentlichung diese bezüglich des ganzen Gesetzes als nicht erfolgt anzusehen sei; eine nachträglich in formloser Weise erfolgte Berichtigung, möge diese auch im Reichsgesetzblatt geschehen sein,

---

[1]) Vergl. ähnlich eine „Berichtigung“ der veröffentlichten Fassung der Novelle der Gewerbeordnung vom 1. Juni 1891 bezüglich des § 138a letzt. Abs. (Nr. 7 des Reichs-Gesetzblattes vom 9. März 1898).

[2]) So die herrschende Meinung. Vgl. Entsch. d. Ob.-Verwalt.-Ger. Bd. 9 S. 363. Entsch. d. Reichsg. in Zivils. Bd. 24 S. 3. Meyer, Lehrb. d. deutsch. Staatsrechts S. 507. And. Mein. Laband, Das Staatsrecht des deutschen Reichs Bd. 1. S. 537.

könne den Mangel der ursprünglichen, amtlichen Veröffentlichung nicht heilen; infolgedessen sei das ganze Gesetz nicht rechtsgültig[1]).

Entstanden ist die unrichtige erste Veröffentlichung anscheinend durch eine Verwechselung der Texte bei der Vorlage zur Unterschrift an den Kaiser, indem diesem zur Vollziehung nicht der auf Grund der den Regierungsentwurf abändernden Reichstagsbeschlüsse bestehende Gesetzestext, wie er durch die „Berichtigung" gegeben ist, sondern der in den nicht berichtigten Punkten dem Regierungsentwurf entsprechende Text vorgelegt wurde.

Von den drei Änderungen, welche durch die „Berichtigung" an dem veröffentlichten Gesetzestexte vorgenommen worden sind, sind die beiden letzten rein formeller Natur. Es soll zunächst in § 1 Abs. 2 statt „das Recht und die Pflicht . . . . wird" gesetzt werden „etwaige Rechte und Pflichten . . . . werden". Es ist ohne weiteres klar, daß diese beiden Fassungen denselben Gedanken wiedergeben, sodaß eine sachliche Textänderung nicht vorliegt. Denn ebenso wie bei dem durch die „Berichtigung" auf Grund Reichstagsbeschlusses gewollten Ausdrucke: „etwaige Rechte und Pflichten", ist auch bei der ursprünglichen Form: „das Recht und die Pflicht" das Vorhandensein solcher Rechte und Pflichten die selbstverständliche Grundlage für die Vorschrift; etwa nicht vorhandene Rechte und Pflichten sollten durch sie nicht geschaffen werden. Ferner betrifft die weitere Änderung in § 3 Absatz 1 aus „eines Dritten" in „einen Dritten" die Wegschaffung eines bloßen Druckfehlers, zu der es der „Berichtigung" nicht bedurft hätte, weil sie vom Richter von Amtswegen hätte berücksichtigt werden müssen. Offenbar ist die „Berichtigung" auf die Ausmerzung dieses Druckfehlers nur deshalb aus-

---

[1]) Vgl. Freund im Berliner Börsenkurier Jahrg. 1896 Nr. 356. Die Textausgaben, außer Schröder's Sammlung handelsrechtlicher Gesetze, drucken den richtiggestellten Text. Von den Kommentaren hat u. a. Küttner den nicht berichtigten Text bezüglich des Zusatzes „und Papiergeld".

gedehnt worden, weil eine Berichtigung wegen der übrigen Punkte für nötig erachtet wurde.

Wesentlich und von sachlicher Bedeutung ist allein der Zusatz in § 1 Absatz 1 durch die gemäß der Berichtigung hinter „Banknoten" einzuschaltenden Worte „und Papiergeld". Man könnte aus dem Fehlen der Anführung des Papiergeldes in diesem Zusammenhange schließen, daß das Depotgesetz auch für das in Verwahrung gegebene oder verpfändete Papiergeld gelten solle. Allein dieser Schluß ist nicht berechtigt, und zwar einmal auf Grund des Charakters des Papiergeldes[1]) an sich und im Verhältnisse zu den Banknoten, sodann auf Grund des Charakters der „Berichtigung" überhaupt.

Gemäß dem Charakter des Papiergeldes und dem Zwecke des Depotgesetzes würde das Papiergeld selbst dann nicht in den Geltungsbereich des Depotgesetzes fallen, wenn es nicht ausdrücklich von dessen Anwendbarkeit ausgeschlossen worden wäre. Denn das Depotgesetz betrifft, wie schon seine Überschrift besagt, nur die Wertpapiere; das Geld ist unzweifelhaft von der Herrschaft des Depotgesetzes ausgenommen. Ob nun das Geld sich in gemünzter Form oder in der Gestalt des Papiergeldes darstellt, muß hier als völlig unerheblich erachtet werden. Das Papiergeld, wie es im Deutschen Reiche umläuft, steht seiner Bedeutung und seinem Zwecke nach rechtlich und wirtschaftlich auf einer Stufe mit dem gemünzten Gelde[2]). Die Bedeutung des Papiergeldes und sein innerer Wert beruht, wie beim gemünzten Gelde, auf der staatlichen Autorität und Anerkennung; auf die staatliche Zahlungskraft stützt es seine Fähigkeit, Wertmesser zu sein, und zu dem Zwecke, als Wertmesser zu dienen, wurde es geschaffen. Sollen ferner die Banknoten nicht unter das Depot-

---

[1]) Im Deutschen Reiche besteht Papiergeld in Form der Reichskassenscheine auf Grund des Reichsgesetzes vom 30. April 1874.

[2]) Vgl. Lexis in Conrad's Handwörterbuch der Staatswissenschaften Bd. 5 S. 99 unter „Papiergeld".

gesetz fallen, so sicherlich auch nicht das Papiergeld; denn die Banknote, als ein auf Vorzeigung zahlbares schriftliches Summenversprechen einer bestimmten Bank[1]), muß im weiteren Sinne als eine Art Papiergeld angesehen werden, und zwar als ein Papiergeld geringeren Grades, wie das eigentliche staatliche Papiergeld, das sich auf den Kredit des Staates und nicht nur auf den einer einzelnen Bank stützt. Sowohl Banknote wie Papiergeld sind nach ihrer wirtschaftlichen Aufgabe an die Stelle des Geldes zu treten bestimmt; es entspricht daher die Verpflichtung zu ihrer Aufbewahrung nach einzeln bestimmten Stücken in der Regel nicht dem vermutlichen Willen der Parteien[2]).

Somit enthält der Zusatz in der „Berichtigung“: „und Papiergeld“ keine sachlich-rechtliche Texterweiterung, sondern er erklärt nur etwas an sich Selbstverständliches[3]).

Aber auch aus dem Charakter der „Berichtigung“ überhaupt ergiebt sich, daß, wie im besondern durch den letzterörterten Zusatz „und Papiergeld“, so durch die sämtlichen in der Berichtigung enthaltenen Richtigstellungen an dem wesentlichen Inhalt des Depotgesetzes nichts geändert ist. Die „Berichtigung“ trägt nicht die förmlich verpflichtende Kraft eines Gesetzes in sich, sondern besitzt nur eine sachliche Bedeutung für die Erklärung und Auslegung des gesetzgeberischen Willens des Reichstages. Sie will und kann keinen neuen Gesetzestext schaffen; das Gesetz ist so verkündet, wie es der Reichstag beschlossen und der Bundesrat gutgeheißen hat, weil die in der Berichtigung enthaltenen neuen Ausdrücke lediglich das wiedergeben, was der Reichstag unter späterer Zustimmung des Bundesrats an dem

---

[1]) Vgl. v. Philippovich in Conrad's Handwörterbuch d. Staatsw. Bd. 2 S. 15 unter „Banken“.

[2]) So Begründung zum Gesetzentwurf bezüglich der Banknote S. 87.

[3]) Vgl. Bericht der IX. Kommission des Reichstags (Drucksachen des Reichstags Nr. 342 S. 2), wonach in dieser die Nichtzugehörigkeit des Papiergeldes zu den Wertpapieren für „außer allem Zweifel stehend“ erklärt wurde.

Regierungsentwurf geändert hat. Der Inhalt des Gesetzes besteht demnach auch ohne die Berichtigung so, wie er durch die Berichtigung sich darstellt; die beiden gesetzgebenden Kräfte, der Reichstag und der Bundesrat, haben das Gesetz so gewollt, und an dieser Fassung kann die rein förmliche Veröffentlichung nichts ändern [1]).

Hiernach sind alle Zweifel an der Rechtsgültigkeit des Depotgesetzes unbegründet.

---

[1]) Entscheid. des Reichsg. in Zivils. in Jurist. Wochenschr. 1898, Nr. 25. 26 S. 230.

# A. Über die Aufbewahrung fremder Wertpapiere nach dem Depotgesetz im allgemeinen.

## § 2.

In den Bestimmungen des Depotgesetzes verfolgt der Gesetzgeber den Zweck, durch Erlaß neuer und durch Ergänzung und schärfere Fassung bereits bestehender Rechtssätze den auf dem Gebiete des Depotwesens hervorgetretenen Mängeln insoweit abzuhelfen und die Unsicherheit des Depotverkehrs insoweit zu beheben, als dies überhaupt durch gesetzgeberische Maßnahmen möglich erscheint.

Es ist verfehlt, zu verlangen, das Gesetz müsse gegen alle Möglichkeiten einer Schädigung des nicht sachkundigen Publikums eine Handhabe bieten; das Depotgesetz kann dies ebensowenig, wie die Strafgesetze jede Gesetzwidrigkeit zu verhindern vermögen[1]). Es genügt und muß genügen, daß das Depotgesetz bezüglich der in der Regel beim Depotverkehr in Frage kommenden Papiere Normen schafft, auf Grund deren eine sichere Beurteilung der Rechtsform des jeweils vorliegenden Geschäfts und der anzuwendenden Rechtssätze möglich ist, die ferner klar erkennen lassen, wessen Eigentum — ob des Depotgebers oder des Depotempfängers — in Frage steht und bis zu welchem Zeitpunkt, die sodann das willkürliche Vorgehen des Depotempfängers (Bankiers) bezüglich der Behandlung der hinterlegten Papiere beschränken und ihm hierbei klar umschriebene Pflichten auferlegen[2]).

---

[1]) Vgl. Rießer, Das Bankdepotgesetz S. 8.

[2]) Die Ausführungen Reinhold's in seiner Schrift: „Wo bleibt der Schutz des Publikums bei dem Depotgesetz?", insbesondere S. 4 ff. S. 7, sind daher unzutreffend.

Seinen Geltungsbereich beschränkt das Depotgesetz selbst nach mehrfacher Richtung: bezüglich der mit seinen Pflichten belasteten Personen erstreckt es sich nur auf den Kaufmann des Handelsgesetzbuchs (Artt. 4. 271. 272) [1] [2]) und auf den Kommissionär [3]); dabei muß die Übergabe der Papiere „im Betriebe des Handelsgewerbes" des Depotempfängers erfolgt sein [4]), also nicht etwa infolge eines rein persönlichen Geschäfts. Bezüglich der hinterlegbaren Gegenstände kommen nur solche Papiere in Frage, die vorzugsweise hinterlegt zu werden pflegen, nämlich vertretbare Wertpapiere sowie Aktien, Kuxe, Interimsscheine, Erneuerungsscheine (Talons), Inhaber- oder indossable Papiere [5]); ausgeschlossen sind Banknoten und Papiergeld. [6])

Hinsichtlich der Formen der Depots endlich wird zunächst ausdrücklich in § 1 das sogenannte „geschlossene" [7]) Deposit von den Bestimmungen des Gesetzes ausgenommen, sodaß also hier nur von den sogenannten „offenen" Depots zu handeln ist. Bezüglich des geschlossenen Deposits verbleibt es bei den Vorschriften des bürgerlichen Rechts [8]) über die regelmäßige Verwahrung, weil die Hingabe eines solchen stets als ein regel-

---

[1]) Auf die sog. Minderkaufleute des Art. 10 Hand.-Ges.-B. findet das Depotgesetz gemäß § 13 keine Anwendung.

[2]) Den Kaufleuten stehen gleich die Handelsgesellschaften (Art. 5 Abs. 1 Hand.-Ges.-B.), die eingetragenen Genossenschaften (Ges. v. 1. Mai 1889) und die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (Ges. v. 20. April 1892).

[3]) Der Kommissionär ist stets Kaufmann. Artt. 4. 360 Hand.-Ges.-B. Vgl. Küttner, das Börsengesetz und das Depotgesetz S. 55 Note 1.

[4]) Vgl. Art. 274 Abs. 1 Hand.-Ges.-B.

[5]) Also nicht die Depots in Münze.

[6]) Vgl. oben § 1. Einleitung.

[7]) Vgl. Rießer, Das Bankdepotgesetz S. 15. Strohal in Holdheim's Monatsschrift 2. Jahrgang Nr. 21. Bondi, die Berufspflichten des Bankiers S. 40.

[8]) Vgl. Cosack, Lehrbuch des Handelsrechts S. 508.

mäßiges Depositum zu erachten ist, bei dem keine Zweifel über die Rechte und Pflichten des Verwahrers entstehen können[1]).

Das offene Effektendepot im weiteren Sinne wird seinem Thatbestande und seiner Entstehung nach in zwei große Gruppen einzuteilen sein[2]), nämlich:

1. in die, welche solche Fälle umfaßt, bei denen der Hinterleger dem Verwahrer (Bankier) Wertpapiere offen entweder nur zur Aufbewahrung (gegebenen Falls mit dem Nebenzweck der Verwaltung) oder zu Faustpfand übergiebt, und
2. in die, bei der jemand einen anderen mit der Inverwahrnahme von Wertpapieren beauftragt, die vor der Inverwahrnahme sich noch nicht in seinem Eigentume befinden, sondern erst noch für ihn erworben werden sollen. Hierher gehört der Hauptfall, daß der Kommissionär Wertpapiere, die er für Rechnung des Kommittenten angeschafft, oder durch Umtausch oder Geltendmachung von Bezugsrechten erworben hat, in Verwahr nimmt.

Unter Zugrundelegung dieser Einteilung kann daher Rechtsgrund der offenen Hinterlegung der erwähnten Papiere nach dem Depotgesetze (§§ 1. 3) sein: entweder ein Verwahrungsvertrag, oder ein Pfandvertrag, oder ein Kommissionsvertrag. Das Depotgesetz setzt die juristischen Begriffe dieser Verträge, die Haupt- oder Nebenverträge sein können, voraus und enthält hierüber keine eigenen Rechtssätze; diese sind also dem bürgerlichen bezw. Handels-Recht zu entnehmen.

---

[1]) Vgl. Begründung zum Gesetzentwurf Bd. I. Anlagen zu den stenographischen Reichstagsberichten 1895/1897 S. 46. — Der Hinterleger kann allerdings dem Verwahrer den Wert der zu geschlossenem Depot übergebenen Papiere angeben. Es hat dies aber nur Wert für die Gebührenberechnung und die Höhe der gegebenen Falls eintretenden Ersatzleistung des Verwahrers.

[2]) Vgl. Kunreuther, Börsengesetz und Gesetz, betr. d. Pflicht. d. Kaufl. b. Aufbew. fremd. Wertpap. S. 122 Note 5. 6.

Es werden demnach bei einer Erörterung über die Rechtsformen der Aufbewahrung fremder Wertpapiere nach dem Depotgesetz die bei den genannten drei Verträgen vorkommenden Formen der Aufbewahrung und ihre gesetzliche Regelung durch das Depotgesetz zu besprechen sein; hierbei wird die Darstellung der Formen der Hinterlegung beim Verwahrungs- und Pfand-Vertrage gemäß der obigen Einteilung der Depots in zwei Gruppen, infolge der Gleichartigkeit mancher Rechtsverhältnisse und Rechtsnormen sowie auf Grund des vom Depotgesetze selbst beobachteten Systems mehr oder weniger gleichartig sich gestalten gegenüber den Ausführungen über die Form der Aufbewahrung beim Kommissionsvertrage.

Da aber das Depotgesetz die aus der Aufbewahrung fremder Wertpapiere sich ergebenden Rechtsverhältnisse weder beim Verwahrungs- und Pfandvertrage noch beim Kommissionsgeschäfte in allen ihren Folgen völlig geregelt hat, auch nicht hat regeln wollen, so wird hierbei auf die einschlägigen Bestimmungen des Gemeinen Rechts, des übrigen Reichsrechts und der Landesgesetzgebung, soweit erforderlich, zurückgegriffen werden, um ein klares, einheitliches Bild des vom Depotgesetze geschaffenen Rechtszustandes zu gewinnen.

# B. Die Hingabe von Wertpapieren zur Verwahrung oder zum Pfand.

## I. Die Hingabe von Wertpapieren zur Verwahrung.

### § 3.

### Der regelmäßige Verwahrungs-Vertrag.

Die Depositengeschäfte können verschiedenen Zwecken dienen[1]). Ein solcher Zweck kann u. a. der sein, daß die Papiere beim Verwahrer in dessen darauf eingerichteten Behältnissen, gegen alle Gefahren, insbesondere gegen Feuersgefahr und Einbruchsdiebstahl geschützt, verwahrt werden sollen, daß ferner der Bankier eine etwaige Auslosung der Papiere überwachen und so den Hinterleger vor Nachteilen bewahren soll, oder, daß dem Hinterleger ein sogen. offener Kredit bis zu einer bestimmten Höchstsumme beim Bankier verschafft werden soll, für den die hinterlegten Papiere als Sicherheit dienen, oder weiter, daß der Bankier, der im eigenen Namen für den an der Börse spekulierenden und Differenzgeschäfte betreibenden Hinterleger an der Börse auftritt und handelt, wegen eines etwaigen Verlustes Deckung mittels der hinterlegten Papiere finden soll u. s. w[2]).

[1]) Vgl. Gareis, Deutsches Handelsrecht, S. 545 ff. Neumann—Hofer, Depositengeschäfte und Depositenbanken S. 11 ff. S. 35 ff. S. 84 ff. S. 138 ff. Nasse in Conrad's Handwörterbuch d. Staatsw. Bd. 2. S. 17 ff. unter „Banken".

[2]) In den letzten Fällen nimmt der Verwahrungsvertrag schon mehr den Charakter des Pfandvertrages an, z. B. beim Lombardgeschäft, bei den Vorschüssen in laufender Rechnung usw. Vgl. im übrigen unten § 11.

Die Hingabe von Wertpapieren zur Verwahrung kann nun ihrer rechtlichen Natur nach im einzelnen Falle je nach dem Willen der Parteien entweder als ein wahrer, regelmäßiger (Depositum regulare), oder als ein unregelmäßiger (Depositum irregulare), oder als ein beschränkt-regelmäßiger Verwahrungs-Vertrag zu Tage treten.

Bei dem wahren oder regelmäßigen Verwahrungs-Vertrage nimmt der Kaufmann (Bankier) die als offenes Depot ihm übergebenen Wertpapiere in Verwahrung, mit der Verpflichtung, genau dieselben Stücke beim Aufhören der Verwahrung zurückzugeben. Diese Form des Geschäftes wird z. B. regelmäßig bei der Hingabe von Los-Papieren zur Verwahrung gewählt werden; denn bei diesen ist es für den Hinterleger wesentlich, daß die Identität der übergebenen Papiere gewahrt bleibt.

Bei der regelmäßigen Verwahrung behält der Hinterleger von Anfang bis zu Ende des Vertrages unverändert das Eigentum an den hinterlegten Papieren; auch steht dem Verwahrer ein Ge- oder Verbrauchsrecht nicht zu[1]).

Um dieses Eigentumsverhältnis zu jeder Zeit und in jeder Lage des geschäftlichen Verkehrs klarzustellen[2]), sodaß z. B. beim Ausbruch eines Konkurses über das Vermögen des Verwahrers der Hinterleger nicht nur als einfacher Konkursgläubiger, sondern als Aussonderungsberechtigter[3]) seine Rechte geltend machen kann, giebt § 1 des Depotgesetzes die Vorschrift, daß der Verwahrer die hinterlegten Papiere unter äußerlich erkennbarer Bezeichnung des Hinterlegers gesondert von seinen eigenen Beständen und von denen Dritter aufzubewahren hat.

---

[1]) l. 1. pr. D. dep. 16,3: Depositum est, quod custodiendum alicui datum est; ebenso l. 1. § 9. l. 6. D. ibid. Betreffs des Verbotes des Gebrauchsrechts vgl. § 80 Teil I Titel 14 Allg. Landr.; Art. 1930 Code civil; hinsichtlich des Bürg. Gesetzbuchs (§ 688) vgl. Planck, B. G.-B. Note 3d. zu § 688 S. 438.

[2]) Vgl. Begründung zum Gesetzentwurf S. 69.

[3]) Siehe § 35 der Konkursordnung.

Mit dieser Bestimmung ist die Möglichkeit der Errichtung eines sogen. Sammeldepots weggefallen[1]). Vor Erlaß des Depotgesetzes hatten nämlich viele Bankhäuser die Wertpapiere ihrer Kunden zwar von den eigenen Beständen getrennt, aber mehrere Depots der Kunden untereinander vermischt aufbewahrt, wie man gemünztes Geld in der Kasse behandelt. Die Wertpapiere wurden nach Gattungen, nicht unter Zugrundelegung der Verschiedenheit der Hinterleger und ihrer Eigentumsrechte geordnet. Auf Grund der obigen Bestimmung ist ein Sammeldepot allenfalls nur noch in der Weise zulässig, daß gleichartige Gattungen von Wertpapieren in einem Raum (Gelaß), jedoch unter der Bedingung aufbewahrt werden, daß sie, soweit sie **einem** Eigentümer gehören, in einem getrennten, mit dem Namen dieses Hinterlegers versehenen Umschlage verwahrt sind[2]), sodaß eine Auseinanderhaltung der Rechtsverhältnisse der verschiedenen Eigentümer stets möglich ist[3]).

Ferner hat der Verwahrer ein Handelsbuch[4]) zu führen, in welches die Wertpapiere des Hinterlegers nach Gattung, Nennwert, Nummern oder sonstigen Unterscheidungsmerkmalen der Stücke einzutragen sind.

An sich würde die erstgenannte Bestimmung genügt haben, um den vom Gesetze beabsichtigten Zweck zu erreichen; die weitere

---

[1]) Vgl. v. Pechmann in d. Blätt. f. Rechtsanwend., Bd. 52. S. 17. Kunreuther a. a. O. S. 122 Note 7.

[2]) Vgl. Rießer a. a. O. S. 13. Das sogen. Vermengungsdepot ist überhaupt nicht mehr zulässig. Vgl. hierüber Strohal a. a. O. S. 348.

[3]) Beim Sammeldepot entsteht unter den mehreren Kunden eine Gemeinschaft und zwar Miteigentum am Sammeldepot zu idealen Anteilen, sodaß jeder Kunde gegen den andern die Klage auf Teilung und Herausgabe von Stücken der hinterlegten Art und Zahl hat. Vgl. v. Schey, das Bankdepotgesetz in Holdheim's Monatsschrift Jahrg. 5 S. 73 ff.; ferner Cosack a. a. O. S. 510.

[4]) In Gemäßheit der Vorschriften der Artt. 32 ff. Hand.-Gesetzb. (§§ 38 ff. des neuen Handelsgesetzbuches).

Verpflichtung ist jedoch gleichwohl zur größeren Sicherheit des Hinterlegers eingeführt, weil gegebenen Falls ohne irgend welches Verschulden des Verwahrers durch Zufall oder Handlungen Dritter die gesonderte Aufbewahrung beseitigt werden könnte[1].

Bezüglich der zweitgenannten Verpflichtung hat aber das Gesetz für den Verwahrer zwei Erleichterungen geschaffen. Es kann nämlich einmal an die Stelle der Eintragung ins Handelsbuch die Bezugnahme auf Verzeichnisse, die neben dem Handelsbuch geführt werden, treten; dieses Verzeichnis kann vom Hinterleger angefertigt sein, sodaß der Verwahrer in den Stand gesetzt ist, die Aufzeichnung der Nummern auf den einzelnen Hinterleger abzuwälzen[2]. Weiterhin darf die Eintragung ins Handelsbuch überhaupt unterbleiben, insoweit die hinterlegten Papiere dem Hinterleger (wieder) verabfolgt worden sind, bevor die Eintragung bei ordnungsmäßigem Geschäftsgange[3]) erfolgen konnte.

---

## § 4.

## Der unregelmäßige Verwahrungs-Vertrag.

Der regelmäßige Verwahrungs-Vertrag kennt, wie ausgeführt, weder eine Übertragung des Eigentums des hinterlegten Gegenstandes, noch die Einräumung eines Ge- oder Verbrauchsrechtes an den Verwahrer. Vertretbare Gegenstände können aber auch in der Weise hinterlegt werden, daß der Verwahrer nur zur Rückgabe gleichartiger Stücke von derselben Güte, Gattung und Zahl verpflichtet sein soll. Wird eine Summe Geldes unverschlossen hinterlegt, so gilt im allgemeinen als stillschweigend ein sog. unregelmäßiger Verwahrungs-Vertrag vereinbart, d. h.

---

[1]) Vgl. Apt Depotgesetz S. 23.

[2]) Vgl. Kunreuther a. a. O. S. 123 Note 9.

[3]) Vgl. über den Begriff „ordnungsmäßiger Geschäftsgang" Begründung zum Gesetzentwurf S. 88. Kunreuther a. a. O. S. 123 Note 10.

das Eigentum des Empfangenen geht dann, wie beim Darlehn, auf den Empfänger über; jedoch gelten im übrigen nicht die Vorschriften über das Darlehn, sondern die über die Verwahrung[1]).

So geht auch die unregelmäßige Hinterlegung von vertretbaren Wertpapieren in ein persönliches Forderungsrecht gegen den Verwahrer über. Indem der Verwahrer nur zur Rückgabe von ebensoviel derselben Art verpflichtet ist, wird eine gewisse Verwandtschaft mit dem Darlehn begründet, ohne daß jedoch der Verwahrungs-Vertrag völlig den Charakter eines Darlehns annimmt; ja, die unregelmäßige Hinterlegung behält den Charakter eines Depositums selbst dann, wenn eine Verzinsung verabredet wird[2]).

Eine solche unregelmäßige Hinterlegung als besondere Art des Verwahrungs-Vertrages wird in § 2 des Depotgesetzes anerkannt bezw. begründet und eine besondere Form dafür geschaffen. Nach diesem Paragraphen kann nämlich der Hinterleger eine Erklärung, sei es gleich bei dem Akte der Hinterlegung oder später während deren Dauer, abgeben, daß der Verwahrer ermächtigt wird, an Stelle hinterlegter Wertpapiere gleichartige Wertpapiere zurückzugeben oder über die Papiere zu seinem Nutzen zu verfügen[3]).

---

[1]) So die herrschende Meinung. Vgl. Dernburg, Pandekten Bd. 2 § 93 S. 253. Windscheid, Lehrb. des Pandektenrechts Bd. 2 § 379 S. 457. — And. Mein. Arndts, Lehrb. der Pandekten § 286 S. 500, der das Depositum in diesem Falle in ein Darlehn übergehen lassen will, sowie Vangerow, Lehrb. der Pandekten Bd. 3 S. 415, 423. — Bezüglich des Bürg. Gesetzbuchs siehe unten § 14. b.

[2]) Dies ist zulässig. Vgl. Entscheidung des Reichsgerichts in Zivilsachen, Band 12 S. 89. Siehe auch unten.

[3]) Anders liegt die Sache, wenn die Wertpapiere gleich anfangs als wirkliches Darlehn hingegeben sind; diese Hingabe bedarf nicht der Form des § 2 Depotges. Ob ein unregelmäßiges Depositum oder ein Darlehn vorliege, ist gegebenen Falls auf Grund der Artt. 278. 279 Hand.-Gesetzb. festzustellen. Vgl. Kunreuther a. a. O. S. 124. A. 4.

Nur ist mit Rücksicht darauf, daß in der früheren Praxis der Banken diese als Verwahrer durch allgemeine Geschäftsbedingungen die Kunden ein für allemal auf die Rückgabe genau derselben übergebenen Papiere verzichten ließen, — durch welchen Umstand der einzelne Kunde sich der Tragweite dieses Verzichtes nicht völlig bewußt wurde, — in Abänderung und als Ausnahme von Art. 317 des Handelsgesetzbuchs eine bestimmte Form für diese Erklärung vorgeschrieben.

Die Erklärung muß nämlich, um gültig zu sein, ausdrücklich für jedes einzelne Geschäft in schriftlicher Form abgegeben werden. Ist eine solche Erklärung nicht, oder nicht in dieser Form abgegeben, so liegt ein Verwahrungs-Vertrag gemäß § 1 des Gesetzes mit den dort vorgeschriebenen Folgen vor. Nur, wenn der Hinterleger selbst gewerbsmäßig Bank- oder Geldwechslergeschäfte betreibt, bedarf es dieser Form der Erklärung nicht; sie kann dann also auch mündlich und allgemein für alle zwischen den Vertragschließenden vorkommenden Hinterlegungsgeschäfte gegeben werden.

Ist die Ermächtigung vorschriftsmäßig vom Hinterleger dem Verwahrer erklärt worden, so ist damit der Begriff des unregelmäßigen Verwahrungs-Vertrages vorhanden. Damit fallen die Pflichten aus § 1 für den Verwahrer weg (§ 2 Abs. 2); er ist also befugt, anstatt der ihm übergebenen Wertpapiere gleichartige (mit anderen Nummern) zurückzuerstatten, und nicht verpflichtet, die ihm übergebenen Wertpapiere getrennt von anderen aufzubewahren und deren Nummern in das Handelsbuch einzutragen.

Der Hinterleger hat danach nur noch einen persönlichen Anspruch gegen den Verwahrer auf Rückerstattung einer gleichen Menge gleichwertiger Wertpapiere.

Das Eigentum der Wertpapiere geht jedoch hier nicht ohne weiteres mit Erteilung und Annahme der Ermächtigung beim Vertragsabschlusse auf den Verwahrer über, sondern erst mit

dem Augenblick, wo er von der ihm die Aneignung der Papiere gestattenden Ermächtigung auch thatsächlich durch die mit dem Willen des Eigentumserwerbes (animo rem sibi habendi) erfolgende Ansichnahme Gebrauch macht. Von da an rechnet erst das Eigentum des Verwahrers, während er bis dahin nur ein persönliches Recht auf die Sache (ius ad rem) gehabt hat. Die Erteilung der Ermächtigung ist auf Seiten des Hinterlegers ein Angebot zur Eigentumsübertragung, das von dem Verwahrer dadurch angenommen wird, daß er seine Absicht, das Eigentum zu erwerben, kundgiebt, also juristisch das Eigentum an den Papieren ergreift. Das so erworbene Eigentum wird demnach nicht auf den Zeitpunkt der Erteilung der Ermächtigung zurückbezogen; bis zu dem Tage der Ergreifung des Eigentums durch den Verwahrer würde daher bei dessen Konkurse der Hinterleger als Aussonderungsberechtigter im Sinne des § 35 der Konkursordnung (als Vindikant ex iure dominii) auftreten können. Dieses Rechtes geht er jedoch verlustig, sobald der Verwahrer von der ihm erteilten Ermächtigung Gebrauch gemacht und eine Verfügung über die Papiere getroffen hat. Dann ist der Hinterleger gewöhnlicher Konkursgläubiger und als solcher auf die zur Verteilung gelangenden Konkursprozente beschränkt[1]).

In der Praxis des Bank- und Börsenverkehrs tritt der unregelmäßige Verwahrungs-Vertrag in den mannigfachsten Arten und Formen auf, und zwar in der Regel als accessorisches Geschäft. Infolge des ungemein entwickelten Vertragswesens im Bank- und Börsenverkehr und der dadurch hervorgerufenen

---

[1]) Allerdings geht das Benutzungsrecht der vom Verwahrer noch nicht ausgeübten Ermächtigung auf den Konkursverwalter über; allein dieser hat gemäß § 15 der Konkursordnung, wenn er von dem Hinterleger Erfüllung des Vertrages begehrt, selbst gleich dem Gemeinschuldner zu erfüllen, d. h. er muß hier, wenn er von der Ermächtigung Gebrauch macht, gleichartige Papiere zurückgewähren. Vgl. Willenbücher, Reichs-Konkursordnung S. 34. Anm. zu § 15.

Vielgestaltigkeit der bei diesem abgeschlossenen Verträge, zumal im Giro-Effektenverkehr, ist der Charakter des unregelmäßigen Verwahrungs-Vertrages oft mehr oder weniger verschleiert bezw. verwischt; es kann dann im einzelnen Falle nur durch Erforschung der thatsächlichen Absicht der Vertragschließenden der wirkliche Charakter des Geschäftes ergründet werden[1].

So werden durch die auf Grund der Vertrags- und Willensfreiheit der Parteien im praktischen Handelsleben in die Erscheinung tretenden Kapital- und Effektengeschäfte dem unregelmäßigen Verwahrungs-Vertrage im bankmäßigen Giroverkehr eigentümliche Rechtsformen gegeben. Der Giroverkehr[2], wie er im Bank- und Börsenverkehr sich entwickelt hat, besteht seinem innersten Wesen nach in der Vermittlung von Zahlungen unter den Kunden der Bank, den Konto-Inhabern; diese Zahlungen erfolgen auf der Grundlage von Depositen durch Ab- und Zuschreibungen in den Bankbüchern. An diese Girozahlung knüpft sich in der Regel auch das Inkasso und die Gutschrift von Zahlungen Dritter für Rechnung der Girokunden. Ueber sein Guthaben verfügt der Girokunde entweder durch Giroanweisung zwecks Girozahlung oder durch baare Abhebung mittels Checks[3].

Diesen Giroverkehr mittels Checks betreibt auch die große Bank des Berliner Kassenvereins[4], und zwar in der Form des Giro-Effektendepots. Dieses besteht nach der Geschäftsordnung der Bank darin, daß gewisse bankfähige Effekten von den Mitgliedern „zur Aufbewahrung" angenommen und zur jederzeitigen Verfügung bereit gehalten werden. Mit der Annahme der Wertpapiere wird aber nicht die Verpflichtung zur Herausgabe der

---

[1]) Artt. 278. 279 Hand.-Gesetzb.

[2]) Vgl. Gareis, Deutsches Handelsrecht, S. 568 ff.

[3]) Vgl. hierüber Cosack, Lehrb. d. Handelsr. S. 328 ff. Neumann—Hofer a. a. O. 129 ff. Koch, in Conrad's Handwörterbuch Bd. 4 S. 65 ff. unter „Giroverkehr".

[4]) Im Jahre 1824 in Berlin gegründet.

bestimmten übergebenen Stücke begründet; diese werden vielmehr den anderen gleichnamigen Stücken hinzugefügt, also mit ihnen vermischt. Der Einleger (Hinterleger) verliert das Recht, bestimmte Nummern zurückzufordern; er kann mittels Checks über die in Aufbewahrung gegebenen Papiere verfügen, und zwar dienen weiße Checks zur Abholung von Wertpapieren seitens dessen, für den sie gutgeschrieben sind, rote Checks zur Uebertragung von Wertpapieren vom Giro-Effektenkonto des einen Mitgliedes auf ein anderes Mitglied des Giro-Effektendepots [1]). Die Uebertragung mittels roten Checks auf ein anderes Bankmitglied kann je nach der Willensmeinung der Parteien im einzelnen Falle zur Herbeiführung der verschiedenartigsten Rechtsfolgen bewerkstelligt werden, so zur thatsächlichen Bezahlung einer Schuld. Sie kann aber auch erfolgen zur Erlangung eines Darlehns oder eines Vorschusses unter der Nebenabrede, daß zwar durch die Übertragung das andere Mitglied Eigentümer der Papiere werden solle, jedoch mit der Verpflichtung, bei Rückzahlung des Darlehns Wertpapiere gleicher Art oder von gleichem Betrage an das übertragende Mitglied zurückzuerstatten oder dessen Giro-Effektenkonto wieder zuschreiben zu lassen. Geschieht letzteres, so ist sowohl bei dem Verhältnisse zwischen dem übertragenden Mitgliede und dem Kassenverein vor der Übertragung, wie auch bei dem Verhältnisse zwischen dem Mitgliede, dem die Papiere in dieser Weise übertragen werden und dem Kassenverein nach der Uebertragung, der Begriff des unregelmäßigen Verwahrungs-Vertrages gegeben [2]), bei dem der Kassenverein als Verwahrer auftritt. Denn die Verpflichtung zur Herausgabe der nämlichen Papiere hat der Kassenverein gemäß seiner Geschäftsordnung ausgeschlossen. Die Verfügung über die hinter-

---

[1]) § 8 der Geschäftsordnung der Bank. Vgl. Saling's Börsenpapiere Bd. 1 S. 513.

[2]) Ebenso Strohal a. a. O. S. 348. Vgl. ferner Entscheidung des Reichsgerichts in Zivilsachen Bd. 12 S. 85 ff.

legten Papiere bringt aber nur die Rechte des übertragenden Mitgliedes zum Erlöschen, nicht das Depositum an sich; der Kassenverein erhält durch die Ab- und Zuschreibung nur einen neuen, einen anderen Gläubiger. Der wirtschaftliche Zweck der Umbuchung ist in diesem Falle die Bestellung einer Eigentumssicherheit für den Darlehnsgläubiger. Die Umschreibung der Papiere mittels Giro-Effektenverkehrs bringt kein neues Depositum zur Entstehung, sondern setzt das frühere nur fort, indem dem anderen Mitgliede die Rechte des übertragenden Mitgliedes aus dem Depositum übertragen werden. Sie ist ganz einflußlos bei der Bestimmung des rechtlichen Charakters des zwischen dem Kassenverein und dem übertragenden Mitgliede bezw. dessen Nachfolger bestehenden Rechtsverhältnisses; der Gebrauch des unregelmäßigen Verwahrungs-Vertrages als Kreditwerkzeuges im Giro-Effektengeschäft kann wohl dazu führen, den Begriff des Geschäftes als eines Depositums zu verdunkeln; eine Verpfändung der Papiere darf aber nicht angenommen werden und braucht nicht angenommen zu werden[1]). Daß dergleichen Geschäfte dem Kassenverein auch nach Erlaß des Depotgesetzes möglich sind, wird durch § 2 des Gesetzes gesichert, indem, wie bereits bemerkt, die gemäß § 2 erforderliche Erklärung des Hinterlegers zwecks Ermächtigung des Verwahrers zur Verfügungsberechtigung über die Papiere dann der vorgeschriebenen Form ermangeln darf, wenn der Hinterleger selbst gewerbsmäßig Bank- oder Geldwechslergeschäfte betreibt. Die Ermächtigung kann also nach Art. 317 des Handelsgesetzbuches auch mündlich und im voraus ein für allemal erfolgen[2]).

Des weiteren kann in der Form des unregelmäßigen Verwahrungsvertrages auch das uneigentliche Lombardgeschäft

---

[1]) Vgl. die für die Beurteilung dieser Rechtsverhältnisse grundlegende Entscheidung des Reichsgerichts vom 19. April 1888 in Entsch. d. R.-G. in Zivils. Bd. 21 S. 36 ff.

[2]) Vgl. Kunreuther a. a. O. S. 124 A. 2.

erscheinen. Dieses besteht darin, daß der Darlehnsgeber, der Wertpapiere zu seiner Sicherheit erhält, befugt ist, an deren Stelle andere von gleicher Art zurückzugeben. Der Darlehnsgeber wird hier Eigentümer der empfangenen Wertpapiere und soll dies auch nach der aus dem Wesen des Vertrages sich ergebenden Absicht der Vertragschließenden werden. Wegen des bei dem uneigentlichen Lombardgeschäfte stattfindenden Eigentumsüberganges könnte man geneigt sein, dieses Geschäft stets und unbedingt als einen Kauf mit Rückkauf anzusehen[1]) und in notwendiger Folgerung aus dieser juristischen Konstruktion das uneigentliche Lombardgeschäft aus dem Geltungskreise des Depotgesetzes auszuscheiden, weil dann weder ein Verwahrungs- noch ein Pfandvertrag vorläge. Dies wäre jedoch unberechtigt. Denn der Eigentumsübergang bei Papieren, mag er auch die Annahme eines Pfandes ausschließen, gehört auch zum Wesen des unregelmäßigen Verwahrungsvertrages. Daher läßt sich aus der bloßen Thatsache, daß der Darlehnsgläubiger Eigentümer der empfangenen Wertpapiere nach Absicht der Vertragschließenden werden soll, noch nicht notwendig der Charakter des Geschäftes als eines „unter der Abrede des Wiederkaufes geschlossenen Kaufvertrages" folgern. Zu dieser Annahme würde man nur dann berechtigt sein, wenn die Parteien solchen Kauf mit Rückkauf erkennbar gewollt haben. In Wirklichkeit ist ein derartiger Kauf mit Rückkauf, wo er vorkommt, nur eine Art des uneigentlichen Lombardgeschäftes, neben die als eine weitere Art auch der unregelmäßige Verwahrungsvertrag treten kann. Ist das Depositum von den Vertragschließenden in eine solche Verbindung mit dem Darlehn

[1]) So das Reichsgericht in dem oben angeführten Urteile Bd. 21 S. 36 ff. — In Zukunft werden zur Klarstellung des Charakters eines solchen Rechtsverhältnisses die Bestimmungen des § 700 B. G.-B., der den Fall der unregelmäßigen Verwahrung behandelt, in erster Linie mit in Betracht zu ziehen sein.

gebracht, daß es nur gegen die gleichzeitig erfolgende Rückzahlung des Darlehns zurückgegeben zu werden braucht, so dient das unregelmäßige Depositum dem Zwecke der Sicherstellung des vom Verwahrer dem Hinterleger gegebenen Darlehns. Ein solcher Zweck ist bei der unregelmäßigen Hinterlegung ebensogut möglich, wie beim Kauf mit Rückkauf von Wertpapieren. Denn wie bei dem letzteren der Darleiher durch die Erlangung des Eigentums an den Papieren seine Sicherheit findet, ebenso erhält der Darleiher durch die Annahme der Papiere zum unregelmäßigen Depositum eine gleich starke Sicherheit, indem die Forderung des hinterlegenden Darlehnsnehmers zu einem Guthaben an den Darlehnsgeber geworden ist, der ebensoviele Papiere derselben Gattung zurückzugewähren hat [1]).

---

## § 5.

## Der beschränkt-regelmäßige Verwahrungsvertrag.

Das Wesen des beschränkt-regelmäßigen (modifizierten) Verwahrungsvertrages besteht darin, daß der Verwahrer die hinterlegten Papiere zwar besonders und getrennt aufbewahren soll, daß aber während der Dauer des Vertrages nicht notwendig unausgesetzt dieselben Stücke im Gewahrsam des Verwahrers sich zu befinden brauchen.

Der Verwahrer soll demgemäß nicht nötig haben, genau diejenigen Stücke zurückzugeben, die bei ihm hinterlegt sind; er erfüllt vielmehr auch dann seine Erstattungspflicht, wenn er andere Stücke, und zwar von gleicher Gattung, Güte und Zahl, wie die bei ihm hinterlegten, zurückgiebt. Der Bankier hat also als Verwahrer das Recht, an Stelle der ihm vom Kunden in Verwahr

[1]) Gegebenen Falls kann das obenerwähnte Sammeldepot auch in der Form der unregelmäßigen Verwahrung auftreten. — Vgl. v. Pechmann a. a. O. S. 21.

gegebenen Stücke andere von gleicher Gattung, Güte und Zahl im Verwahrsam zu haben [1]); hierbei hat er natürlich dafür Sorge zu tragen, daß er jeden Augenblick in der Lage ist, einer etwaigen Rückforderung seitens des Kunden sofort zu entsprechen.

Im übrigen besteht kein Unterschied gegenüber dem regelmäßigen Verwahrungsvertrage. Insbesondere tritt keine Übertragung des Eigentums der anfangs hinterlegten Stücke an den Verwahrer ein [2]). Diese Wirkung wohnt der Abrede, daß die Rückgewähr nicht notwendig genau dieselben Stücke, sondern je nach dem Willen des Verwahrers auch ebensoviel derselben Art betreffen könne, nicht inne. Es behält sich vielmehr der Kunde, wie bei der regelmäßigen Verwahrung, so auch hier, das Eigentum vor, jedoch hier mit der Besonderheit der Befugnis des Verwahrers, andere Papiere gleicher Art an die Stelle zu setzen. Der beschränkt-regelmäßige Verwahrungsvertrag hat freilich eine gewisse Verwandtschaft mit dem vorhin behandelten unregelmäßigen. Beide sind nur denkbar bei vertretbaren Wertpapieren; beide fordern die ausdrückliche Erklärung einer Ermächtigung gemäß § 2 des Depotgesetzes. Aber diese Ermächtigung geht hier nicht so weit, wie bei der unregelmäßigen Hinterlegung; sie beschränkt sich bei dieser Art auf die Substitutionsbefugnis und ist nicht zugleich ausgedehnt, wie bei jener, auf die Veräußerung der Substanz und die Verfügung zum eigenen Nutzen. Es erwirbt daher auch, wie schon bemerkt, der Verwahrer bei der beschränkt-regelmäßigen Verwahrung im Gegensatze zu der unregelmäßigen an den hinter-

---

[1]) Vgl. Strohal a. a. O. S. 348. Das Rechtsverhältnis entspricht etwa dem Nießbrauch an einer Sachgesamtheit, z. B. einer Herde, wo der Nutznießer die infolge Abganges aus der Gesamtheit ausscheidenden einzelnen Stücke zu ergänzen hat; diese ergänzten Stücke erwirbt der Eigentümer zu Eigentum, jedoch mit dem Nießbrauch zu Gunsten des Nutznießers behaftet.

[2]) Vgl. v. Pechmann a. a. O. S. 21.

legten Papieren kein Eigentum, bezw. es besteht hier auch nicht die Möglichkeit eines Eigentumserwerbs durch den Verwahrer.

Da aber auch bei diesem Verwahrungsvertrage, wie beim unregelmäßigen, eine Erklärung gemäß § 2 des Depotgesetzes behufs Eintritts des Charakters der beschränkt-regelmäßigen Verwahrung als solcher erforderlich ist, so gelten auch hier, wie beim unregelmäßigen Verwahrungsvertrage, nicht die in § 1 des Depotgesetzes für die regelmäßige Verwahrung gegebenen Vorschriften[1]).

# II. Die Hingabe von Wertpapieren zum Pfand.

## § 6.

## Der Pfandvertrag überhaupt und der unregelmäßige Pfandvertrag des Depotgesetzes insbesondere.

Die Vorschriften des Depotgesetzes gelten auch für die Fälle, in denen Papiere der oben gekennzeichneten Art unverschlossen einem Kaufmanne im Betriebe seines Handelsgewerbes als Pfand übergeben sind (§ 1 des Gesetzes).

Sehr oft, wenn nicht zumeist, werden im Börsenverkehr die Hinterlegungen von Wertpapieren als Pfandbestellungen aufzufassen sein. Eine solche Verpfändung von Wertpapieren kann auf sehr verschiedenen Gründen beruhen; so will sich jemand einen offenen Kredit verschaffen und nimmt für künftig entstehende Forderungen des Bankiers gegen ihn eine Effektenverpfändung vor; oder er will dem Bankier für dessen Forderungen an Provision und Kurtage Sicherheit gewähren u. s. w.

Bei der Mehrdeutigkeit des im praktischen Leben viel gebrauchten Ausdruckes „Depot" läßt sich nicht selten nur aus

[1]) Zu den Fällen der beschränkt-regelmäßigen Verwahrung gehört auch meist das obenerwähnte Sammeldepot, soweit es nach dem Depotgesetz noch zulässig ist.

den begleitenden Thatumständen und der erkennbaren Vertragsabsicht der Parteien feststellen, welche Art von Depot im gegebenen Falle vorliegt, ob ein „Depot“ im eigentlichen Sinne, d. h. ein Verwahrungsvertrag, oder ein Pfandgeschäft[1]).

Das Depotgesetz spricht von der Hingabe von Wertpapieren zur Verwahrung oder zum Pfand sowohl in der regelmäßigen wie in der unregelmäßigen Form gemeinschaftlich in den §§ 1 und 2 und giebt für beide dieselben Vorschriften. Es gelten daher auch für die Hingabe von Wertpapieren zum Pfand in ihrer regelmäßigen Gestalt (pignus regulare) und in einer von der regelmäßigen Form abweichenden unregelmäßigen Gestaltung (sog. pignus irregulare) die oben beim regelmäßigen und unregelmäßigen Verwahrungsvertrage erläuterten Bestimmungen.

Was im besonderen die unregelmäßige Form des Pfandvertrages betrifft, so giebt, wie beim Verwahrungsvertrage der Hinterleger den Verwahrer mit dem Verfügungsrecht über die hinterlegten Papiere versehen kann, auch bei der Verpfändung von Wertpapieren der § 2 des Gesetzes dem Verpfänder die Möglichkeit, den Pfandgläubiger zu ermächtigen, an Stelle der hingegebenen Wertpapiere andere gleichartige zurückzugewähren oder über die Papiere zu seinem Nutzen zu verfügen, sodaß dadurch analog dem unregelmäßigen Verwahrungsvertrage ein unregelmäßiger Pfandvertrag (pignus irregulare) entsteht[2]).

Diese Ermächtigung kann dem Verwahrer (Pfandgläubiger) gleich anfangs nach Abschluß des Vertrages oder auch nachträglich zu irgend einer Zeit während der Dauer des Rechtsverhältnisses erteilt werden; sie zerstört das anfangs noch fortbestehende Eigen-

---

[1]) Oft auch wird der Hinterleger Papiere zu dem Zwecke hingeben und hinterlegen, daß sie zur Vorausbezahlung seiner aus einem laufenden Vertragsverhältnisse erwachsenden Verpflichtungen dienen sollen. Vgl. hierüber Entscheidung des Reichsgerichts in Zivils. Bd. 38 S. 234 f.

[2]) Vgl. Strohal a. a. O. S. 347. v. Pechmann a. a. O. S. 8. Kunreuther Börsenges. u. Ges. betr. d. Pflicht. d. Kaufl. b. Aufbew. fremd. Wertp. S. 124 Note 4. Apt Depotges. S. 29.

tum des Verpfänders auch hier, wie beim Verwahrungsvertrage, nicht mit der Erteilung der Ermächtigung, sondern erst mit dem Zeitpunkte, wenn der Pfandgläubiger von der Ermächtigung thatsächlich Gebrauch macht; dem Verpfänder bleibt dann lediglich ein Forderungsrecht auf Rückgewähr der gleichen Menge gleichwertiger Papiere. Hierbei ist jedoch notwendige Voraussetzung, daß die Ermächtigung aus § 2 des Depotgesetzes im gegebenen Falle wirklich auf eine Substanzveräußerung der Papiere gerichtet und eine solche erfolgt ist. Ist die Ermächtigung nur auf eine Weiterverpfändung gerichtet — auch dann verfügt der Pfandgläubiger über die Papiere „zu seinem Nutzen" —, so hat der letztere kein Veräußerungsrecht; er kann vielmehr einem Dritten nur ein Afterpfand (subpignus) an den Papieren als Recht an fremder Sache gewähren. Der erste Verpfänder bleibt wirklicher Eigentümer der freilich mit mehreren successiven Pfandrechten belasteten Papiere, und bei Aufhebung des Vertrages sind genau dieselben Stücke zurückzugeben.

---

## § 7.

## Der Pfandcharakter des Pfandvertrages des Depotgesetzes und der Einfluß der Ermächtigung aus § 2 des Depotgesetzes auf diesen.

Wenn der Verpfänder Wertpapiere der in § 1 des Depotgesetzes gekennzeichneten Art dem Pfandgläubiger zu Pfand übergiebt, und dieser sie, ohne Erlangung des Eigentumsrechts an ihnen, als Pfand verwahrt, so sind alle inneren Begriffsmerkmale einer Faustpfandbestellung[1]) gegeben, sodaß es sich hier ohne

---

[1]) Natürlich abgesehen von den gegebenen Falls nach den sonstigen gesetzlichen Bestimmungen erforderlichen Formvorschriften. Vgl. auch Artt. 309 ff. des Handelsgesetzbuches.

Frage um ein wirkliches Faustpfand handelt. Insbesondere lassen die, die Identität der verpfändeten Wertpapiere sicherstellenden Vorschriften des § 1 des Depotgesetzes bezüglich der getrennten Aufbewahrung unter erkennbarer Bezeichnung und des Zwanges zur Führung eines Handelsbuches keinen Zweifel darüber, daß die Ausdrücke „Pfand", „Verpfänder" und „Pfandgläubiger" ein wahres Faustpfand im Auge haben.

Aber auch beim Vorliegen eines unregelmäßigen Pfandvertrages im Sinne des Depotgesetzes ist die Frage, ob dieses Rechtsgeschäft einen wirklichen Pfandvertrag enthalte, zu bejahen.

Ob im einzelnen Falle eine Faustpfandbestellung in Gemäßheit des § 2 des Depotgesetzes vorliegt, kann insofern nur aus rein thatsächlichen Umständen geschlossen werden, als der rechtsgeschäftliche Wille der Vertragschließenden bei Abschluß des Geschäftes die rechtserhebliche Thatsache ist, von der die Begriffsbestimmung des Rechtsgeschäftes abhängt. Wird aber ein Rechtsgeschäft unter der Form der gesetzlichen Begriffsmerkmale einer bestimmten Vertragsart erklärt, und tritt es so in die thatsächliche Erscheinung, so ist mit dieser Form und Erscheinung die rechtliche Charakterisierung des Geschäftes ohne weiteres gegeben; der Richter hat dann diesen Charakter unter Vergleichung der Thatumstände mit den gesetzlichen Merkmalen des Rechtsgeschäftes festzustellen[1]).

Eine Pfandbestellung ist demgemäß unter den Parteien anzunehmen, wenn ihre Vertragshandlung den gesetzlichen Begriff der Verpfändung nach deren Form und nach der Absicht der Vertragschließenden wiedergiebt und ausfüllt. Ob hierbei die Parteien den Vertrag gerade als „Pfand"-Vertrag und ihre Parteistellungen als „Verpfänder" und „Pfandgläubiger" kennzeichnen, ist belanglos.

Ein unregelmäßiger Pfandvertrag im Sinne des Depotgesetzes wird nun in der Weise und zu dem Zwecke abgeschlossen, daß eine in Gewahrsam gegebene Sache durch ihren Wert für eine Forderung

[1]) Vgl. Entscheidung des Reichsgerichts in Zivilsachen Bd. 21 S. 39.

und zu deren Befriedigung Sicherheit gewähren soll; daran wird die Befugnis bezw. Bedingung geknüpft, daß der Pfandgläubiger die Sache zwecks Tilgung der Forderung sich aneignen und verkaufen dürfe, daß er aber bei anderweitiger Bezahlung der Forderung dieselbe oder eine andere gleichwertige und gleichartige Sache dem Verpfänder zurückzuerstatten habe[1]). Die Art und Weise der gegebenen Falls eintretenden Veräußerung des Pfandstückes ist dabei auf den rechtlichen Charakter des Vertrages gänzlich ohne Einfluß.

Dem Verpfänder verbleibt also an sich das Eigentum der Pfandsache; der Zweck des Vertrages ist nicht eine Eigentumsübertragung, mag auch nachträglich infolge der Ermächtigung aus § 2 des Depotgesetzes der zunächst ganz ungewisse Erfolg eintreten, daß der Pfandgläubiger durch thatsächlichen Gebrauch der Ermächtigung sich zum Eigentümer des Pfandes, wenn er will, machen darf und macht. Die Ermächtigung ändert, wenn sie benutzt wird, nicht den ursprünglichen Charakter des Pfandes, sondern ändert bezw. beschränkt nur die Rückgabepflicht des Pfandgläubigers ihrem Gegenstande nach. Es kommt dabei nicht etwa eine Novation des ursprünglichen Geschäftes in Frage, sodaß durch den Gebrauch der Ermächtigung das ursprüngliche Pfandgeschäft erlöschen, und ein neues von anderer Natur und von anderem Inhalt jenes ablösen würde. Ebensowenig setzt die Ermächtignng für das ursprüngliche Faustpfand etwa eine potestative Resolutivbedingung, welche im Falle der Benutzung der Ermächtigung seitens des Pfandgläubigers das Pfand zum Erlöschen brächte. Es wird vielmehr nur ein anderer Erfüllungs-Gegenstand für den Pfandgläubiger auf Grund der ihm gleich anfangs oder im Verlaufe des Bestehens des Pfandverhältnisses erteilten fakultativen Befugnis eingesetzt[2]).

---

[1]) Vgl. Engelmann, das Preuß. Privatr. u. das Privatr. d. Reichs, S. 326 f.

[2]) Es findet daher die Rechtsregel Anwendung: Surrogatum sapit naturam eius, cui surrogatum est.

Allerdings kann aus dem Umstande, daß der Pfandgläubiger die Papiere auf Grund der Ermächtigung aus § 2 des Depotgesetzes von dem Verpfänder zu Eigentum erwirbt, die Entstehung einer persönlichen Forderung, eines Guthabens des Verpfänders gegen den Pfandgläubiger gefolgert werden. Ein neues Rechtsgeschäft stellt aber auch dieses Forderungsverhältnis nicht dar; es gelten vielmehr die Grundsätze über Faustpfand nach wie vor, nur die Rückgabepflicht ist nunmehr auf einen anderen Gegenstand gerichtet. So bleibt auch z. B., wenn der Verkäufer dem Käufer den Kaufpreis gutschreibt, der Kaufpreis trotz dieser Gutschrift nach wie vor Kaufpreis (pretium)[1]; es entsteht durch die Stundung des Preises, die hier nur den Fälligkeitstermin hinausschiebt, nicht etwa ein Darlehn.

## § 8.

## Verhältnis des Hauptvertrages zum accessorischen Pfandvertrage und Einfluß des ersteren auf die Rechtsform des Pfandvertrages.

Die Verpfändung von Wertpapieren ist ein Hilfs- oder Nebengeschäft, weil die Pfandgabe einen persönlichen oder dinglichen Anspruch des Pfandnehmers als des Gläubigers voraussetzt, zu dessen Sicherung das Pfand bestimmt ist[2]. Es ist daher zur richtigen Beurteilung des Gesamt-Rechtsverhältnisses im einzelnen Falle erforderlich, festzustellen, in welchem Verhältnisse das den Anspruch begründende Geschäft — der Hauptvertrag — zu dem accessorischen Pfandvertrage steht.

---

[1]) Dieser Kaufpreis wäre also gegebenen Falls hinterher mittels Klage aus dem Kaufvertrage (ex empto vendito) einzuklagen.

[2]) Jede rechtsbeständige Forderung kann durch Pfandbestellung gesichert werden. Ungültig sind z. B. Pfandbestellungen zu Gunsten von Wuchergeschäften oder zum Zwecke verbotenen Spiels.

Der Hauptvertrag[1]) ist zunächst ein wichtiges Auslegungsmittel, um aus dem dabei vorkommenden thatsächlichen Verhalten der Parteien schließen zu können, ob die von der einen Partei übergebenen Papiere als Pfand oder zur Verwahrung hinterlegt sind oder ein zu sonstigen Zwecken errichtetes Depositum darstellen[2]).

Aus einer Auslegung des Hauptvertrages wird sich oft ergeben, daß ein accessorischer Pfandvertrag überhaupt nicht vorliegt, indem die übergebenen Papiere nicht Sicherungsmittel der Erfüllung für eine Hauptobligation, sondern deren unmittelbarer Erfüllungsgegenstand sind; dies kann der Fall sein, wenn die Hauptobligation unmittelbar auf die übergebenen Wertpapiere gerichtet ist, jedoch das Zustandekommen der Hauptobligation und damit auch deren Erfüllung vertragsmäßig von einer Bedingung abhängig oder an einen Fristablauf geknüpft ist. In einem solchen Falle ist die Übergabe der Papiere nicht zwecks Pfandbestellung erfolgt, sondern sie ist die bedingte oder betagte Erfüllung einer einfachen, nicht durch Pfand gesicherten Forderung. Aus dem Hauptvertrage kann sich ferner gegebenen Falls feststellen lassen, daß die Übergabe der Papiere trotz des beim Vertragsabschlusse angewandten Ausdruckes „Depot“ auf eine unmittelbare Übertragung des Eigentums der Wertpapiere an den Gläubiger als Vorausleistung des Schuldners gerichtet ist, wenn der Gläubiger gegen diesen ein Forderungsrecht auf Übertragung des Eigentums an den Wertpapieren hatte. Alsdann kann das „Depot“ nicht Pfand (auch nicht Depositum) sein, weil sein Zweck dahin geht, die Papiere unmittelbar ins Eigentum des Gläubigers zu bringen,

---

[1]) Oder, wie bei laufenden Rechtsverhältnissen im Bank- und Börsenverkehr, die Gesamtheit von Rechten und Pflichten, z. B. Wechselacceptkredit-Verhältnis, Kontokurrent- und Girokonto-Verkehr, Vorschußverkehr.

[2]) So stellen bei dem eigentlichen Lombardgeschäft, bei dem der Bankier Vorschüsse gegen hinterlegte Wertpapiere giebt, diese wirkliche Pfandstücke dar. Vgl. Neumann—Hofer a. a. O. S. 48 ff.

und ein solcher Zweck mit dem Begriff Pfand (oder Verwahrungsvertrag) sich nicht vereinigen läßt.

Ist nun thatsächlich die Übergabe von Wertpapieren im einzelnen Falle als Verpfändung zu erachten, so daß also neben dem Hauptvertrage ein accessorischer Pfandvertrag steht, so dient der vertragsmäßige Inhalt des ersteren dazu, um die Satzung des letzteren zu erläutern, zumal bezüglich der Rechte und Pflichten der Parteien aus dem Verpfändungsvertrage. Insbesondere werden sich aus dem Hauptvertrage und den aus diesem hervorgehenden Pflichten des zugleich ein Pfand bestellenden Schuldners die Voraussetzungen und Bedingungen ersehen lassen, unter denen das Pfand vom Gläubiger verkauft werden kann und wann dieser zur Nutzbarmachung der Pfandhaftung übergehen darf.

Wenngleich hiernach der Hauptvertrag zur richtigen Würdigung der Bedeutung und des Inhaltes des accessorischen Pfandvertrages sehr wichtig erscheint, so ist doch die Art und der Zweck der Verpfändung sowie der Charakter des Hauptvertrages ohne jeglichen Einfluß auf die Rechtsform der Pfandbestellung. Letztere bleibt dieselbe, wenn auch der Pfandvertrag die Rechte und Pflichten aus ihr noch so verschieden begründet und der rechtliche Charakter der durch das Pfand gesicherten Hauptobligation noch so verschiedenartig gestaltet ist. Daher können nicht jeweils andere Rechtsformen des Pfandgeschäftes entstehen, je nachdem das Pfand zur Sicherung eines Kontokurrent-, eines Vorschußverkehrs, eines börsenmäßigen Spekulationsverhältnisses usw. bestellt worden ist. Diese verschiedenen Schuldgründe der Hauptobligation sind im Verhältnisse zum Pfande rein thatsächlicher Natur und erzeugen nicht verschiedene Arten oder Rechtsformen des dinglichen Verpfändungsvertrages.

Ebensowenig wird durch den antichretischen Charakter des Pfandes eine Verschiedenheit der Rechtsform des Pfandvertrages hervorgerufen.

Dem Pfandgläubiger, der an sich ein Recht auf Gebrauch und Fruchtgenuß des Pfandes nicht besitzt, kann dieses durch Nebenabrede zugestanden werden, und zwar entweder so, daß er die Früchte der Pfandsache an den Zinsen und gegebenen Falls dann am Kapital der verschuldeten Hauptsumme zwecks allmählicher Tilgung abzurechnen hat, oder so, daß ihm die Befugnis gegeben wird, jenen Vorteil einfach an Stelle der Zinsen der Hauptforderung zu erlangen[1]).

Da die Antichrese auch bei den Zivilfrüchte abwerfenden Pfandsachen vorkommt[2]), so haben bei verpfändeten Wertpapieren deren Zinsen oder Dividenden, die in den Zinsabschnitten (Kupons, Dividendenscheinen) dargestellt sind, als Zivilfrüchte der in und mit dem Wertpapier begründeten Hauptforderung und nicht etwa als Zubehör zu gelten.

Die Antichrese[3]) kann bei dem regelmäßigen Pfandvertrage des § 1 und bei dem unregelmäßigen des § 2 des Depotgesetzes in die Erscheinung treten, im letzteren Falle insbesondere in der Form der dem Pfandgläubiger erteilten Ermächtigung, „über die Papiere zu seinem Nutzen zu verfügen“. Denn eine derartige Verfügung braucht nicht unbedingt die Substanz selbst zu betreffen, etwa durch Aneignung des Eigentums der verpfändeten Wertpapiere, sondern die Verfügung kann sich auch nur auf die Zivilfrüchte beschränken, ohne zugleich die durch das Wertpapier beurkundete Forderung zu umfassen; auch dann verfügt der Pfandnehmer über die Papiere „zu seinem Nutzen“.

Bei dem antichretischen Pfandvertrage kann es sich nun im einzelnen Falle nur darum handeln, festzustellen, ob er einen regelmäßigen Pfandvertrag nach § 1 oder einen unregelmäßigen nach § 2 des Depotgesetzes darstellt. Werden z. B. Wertpapiere mit den

---

1) Vgl. Windscheid, Lehrb. d. Pandektenr. Bd. 1 § 234. Puchta, Pand. § 320. Keller, Pand. § 195.

2) Vgl. Arndts, Lehrb. d. Pand. § 381.

3) Vgl. §§ 1213. 1214 B. G.-B.

Zinsabschnitten verpfändet und wird dabei die Ermächtigung des § 2 nur für den Genuß der Zinsabschnitte ausgesprochen, die der Pfandnehmer je nach der vereinbarten Art[1]) zu seinem Nutzen soll verwenden dürfen, so ist der Pfandvertrag bezüglich der Wertpapiere selbst ein regelmäßiger gemäß § 1, bezüglich der Zinsabschnitte aber ein unregelmäßiger gemäß § 2 des Depotgesetzes, somit ein gemischter Vertrag[2]). Werden aber Zinsabschnitte als Hauptgegenstand ohne die zugehörigen Wertpapiere verpfändet, und wird die Ermächtigung des § 2 des Gesetzes gleich anfangs oder später gegeben, so liegt ein unregelmäßiges Pfandgeschäft vor[3]).

Durch die antichretische Verpfändung entsteht also nicht eine dritte Rechtsform des Pfandvertrages neben dem regelmäßigen und unregelmäßigen, sondern die Antichrese stellt nur eine Unterart entweder des regelmäßigen oder des unregelmäßigen Pfandvertrages dar.

---

## III. Die Hingabe von Wertpapieren zur Verwaltung beim Verwahrungs- und beim Pfand-Vertrage.

### § 9.

Die einfache Hinterlegung von Wertpapieren nur zum Zwecke der Aufbewahrung wird in dem entwickelten Geschäftsverkehr und reichen Vertragsleben der Gegenwart wohl meist eine Aus-

[1]) Entweder Anrechnung auf die Zinsen und sodann am Kapital der Forderung oder blos Erlangung an Stelle der Zinsen. Siehe oben.

[2]) Werden Wertpapiere mit den Zinsabschnitten so verpfändet, daß die Ermächtigung aus § 2 des Depotgesetzes sich nur auf die Wertpapiere und nicht auch auf deren Zinsscheine erstrecken soll — welcher Fall selten vorkommen wird —, so liegt keine Antichrese vor.

[3]) Wird in diesem Falle die Ermächtigung aus § 2 des Depotgesetzes nicht gegeben, so liegt keine Antichrese vor.

nahme bilden gegenüber dem Depositum, das mit der Absicht der Erreichung irgend welcher Nebenzwecke gegeben wird, die mit dem Verwahrungszwecke in einem mehr oder weniger losen Zusammenhange stehen. Der Besitzer von Wertpapieren, der diese bei einem Bankier hinterlegt, will in der Regel mit dieser Hinterlegung von allen lästigen Pflichten und Sorgen befreit sein, wie sie meist an den Besitz solcher Papiere geknüpft sind, so z. B. Abhebung der Zinsen oder Dividenden, Einziehung der Zins- und Gewinnanteilscheine, Kontrollierung der Ziehungs- und Verlosungslisten, Versendung der Papiere zum Zwecke der Abstempelung oder des Bezuges neuer Stücke, und dergl. Es werden daher in den meisten Fällen dem Hinterlegungsvertrage Nebenabreden angeschlossen, wonach dem Verwahrer dergleichen Verfügungen und Verwaltungshandlungen bezüglich der hinterlegten Papiere auferlegt oder zugestanden werden. In sehr vielen Fällen wird sogar die Uebernahme dieser Verwaltungshandlungen seitens des Verwahrers den inneren wirtschaftlichen Grund der Hinterlegung bilden.

In gleicher Weise, wie mit dem Verwahrungs-Vertrage in seinen verschiedenen Arten, kann ein solcher Nebenvertrag zwecks Vornahme erforderlicher oder zweckmäßiger Verfügungen und Verwaltungshandlungen auch mit den verschiedenen Rechtsformen des Pfandvertrages verknüpft werden[1]).

In § 1 letzten Absatz des Depotgesetzes wird bestimmt, daß etwaige Rechte und Pflichten des Verwahrers oder Pfandgläubigers, im Interesse des Hinterlegers oder Verpfänders Verfügungen oder Verwaltungshandlungen vorzunehmen, durch die Pflicht, die Wertpapiere unter äußerlich erkennbar zu machender Bezeichnung jedes Hinterlegers oder Verpfänders gesondert von

[1]) Im übrigen regeln sich die Voraussetzungen einer Verwaltungsbefugnis und Verwaltungsverpflichtung nach den einschlägigen Bestimmungen des bürgerlichen Rechts bezw. der Handels- oder Geschäftsgebräuche. Vgl. Apt, Depotgesetz S. 27 f.

seinen eigenen Beständen und von denen Dritter aufzubewahren (§ 1 Nr. 1), nicht berührt werden. Einerseits können also die Pflichten des § 1 Nr. 1 des Gesetzes durch das Rechtsgeschäft, das die wirtschaftliche Ursache der Verwaltung bildet, andererseits die auf Grund dieses letzteren erforderlichen Verfügungen und Verwaltungshandlungen durch die Pflichten des § 1 Nr. 1 nicht irgendwie verändert, erweitert oder beschränkt werden.

Der Auftrag zur Vornahme von Verfügungen oder Verwaltungshandlungen bezüglich der hinterlegten Papiere kann ausdrücklich erteilt werden oder sich stillschweigend aus der Bestellung des Depositums oder des Pfandes, deren Zweck und der Willensmeinung der Parteien ergeben[1]. Die Verfügungs- und Verwaltungsbefugnis kann aber auch außerhalb einer ausdrücklichen oder vermutlichen Parteiabsicht entstehen, so insbesondere, wenn der Verwahrer oder Pfandgläubiger zugleich über seine Pflichten hinaus als freiwilliger Geschäftsführer (negotiorum gestor) auftritt. Eine solche nützliche Geschäftsführung ohne Auftrag wird z. B. dann angenommen werden können, wenn der Verwahrer bezw. Pfandgläubiger (Bankier) nach Lage des Falles und in verständiger Erwägung der obwaltenden Umstände sich sagen durfte und mußte, daß der Hinterleger bezw. Verpfänder, hätte er handeln können und sollen, selbst so gehandelt haben würde, wie der Bankier dies für erforderlich hält. Vielleicht kannte der Hinterleger gewisse Vorgänge innerhalb eines Aktienunternehmens nicht, die, wenn sie rechtzeitig zu seiner Kenntnis gelangt wären, ihn veranlaßt haben würden, einer seinen Papieren drohenden Entwertung durch ihren sofortigen Verkauf vorzubeugen. Und nun entschließt sich der Bankier, dem infolge der Abwesenheit des Hinterlegers und Unbekanntseins seines augenblicklichen Aufenthaltsortes die Möglichkeit einer Rückfrage benommen ist, auf Grund der ihm zu sicherer Kenntnis gekommenen bedrohlichen Lage der betreffenden Aktien-

[1]) Vgl. Kunreuther a. a. O. S. 123 Note 11.

gesellschaft, die bei ihm hinterlegten Papiere sofort zu veräußern. Es erscheint zweifellos, daß hier der Bankier durch Abwendung eines dem Hinterleger bezw. Verpfänder bevorstehenden Verlustes in dessen wohlverstandenem Interesse gehandelt hat. (§ 677 B. G.-B.)

Regelmäßig stehen Hinterlegung bezw. Verpfändung und Verwaltung so zu einander, daß die erstere in ihren verschiedenen Arten noch nicht die Verwaltungsbefugnis oder -Pflicht ohne weiteres in sich schließt, sondern daß diese durch Nebenvertrag begründet werden muß. Ist aber ein solcher Vertrag mit abgeschlossen, so bildet die Hingabe der Papiere zur Verwahrung oder zum Pfand eine im Verwaltungsvertrage enthaltene Voraussetzung und dessen grundlegende Vertragsbedingung; es bedarf daher keines weitern Nachweises einer besonderen und ausdrücklichen Vereinbarung der Verwahrung bezw. Verpfändung. Es genügt alsdann, daß der Thatbestand einer solchen gegeben ist, nämlich die Übertragung des Besitzes auf den Verwalter; diese ist aber auch erforderlich, weil ohne sie wohl eine Verwaltung, aber nicht eine gleichzeitige Verwahrung denkbar ist[1]).

Daß die Hingabe von Wertpapieren zur Verwaltung nur eine bloße Unterart der zur Verwahrung oder zwecks Verpfändung erfolgenden Hingabe darstellt, und nicht etwa eine besondere Rechtsform eines solchen Vertrages, bedarf nach den obigen Darlegungen keiner weiteren Erörterung.

---

[1]) Bei der vertraglichen oder durch gerichtliche Anordnung eintretenden Sequestration ist Depositum und Verwaltungsauftrag stets miteinander vereinigt. Vgl. Code civil Artt. 1955 ff.; Preußisches Landrecht, Teil I Titel 14 §§ 103 ff. 92 ff.; Zivilprozeßordnung §§ 747. 752. 817.

## IV. Reichs- und landesgesetzliche Normen beim Verwahrungs- und beim Pfand-Vertrage.

### § 10.

### Ergänzung der Vorschriften des Depotgesetzes aus der Reichs- und Landes-Gesetzgebung.

Durch die Bestimmungen des Depotgesetzes sind die beim Verwahrungs- und Pfand-Vertrage einschlägigen Rechtssätze und Rechtsfragen nur zum kleinsten Teile normiert, indem es lediglich dem Verwahrer bezw. Pfandgläubiger gewisse Pflichten auferlegt, dem Hinterleger bezw. Verpfänder gewisse Rechte verleiht und die Gegenstände, die als Depositen dem Gesetze unterstehen sollen, festsetzt. Um die aus der Hingabe von Wertpapieren zur Verwahrung oder zum Pfand sich ergebenden Rechtsverhältnisse nach jeder Richtung hin beurteilen zu können, ist meist die Heranziehung der außerhalb des Depotgesetzes stehenden Gesetzgebung erforderlich. Nach den bekannten Rechtsgrundsätzen geht hierbei das jüngere Gesetz dem älteren, die höhere Rechtsquelle der niederen vor, sodaß also, wenn die zuvörderst in Betracht zu ziehende Rechtsquelle des Depotgesetzes für eine zur Entscheidung gestellte Frage versagt, zunächst auf das Gemeine Recht bezw. übrige Reichsrecht und, in Ermangelung einer bezüglichen Bestimmung in diesem, auf das jeweils zuständige Landesgesetz zurückzugreifen ist. Gemäß den Normen über die örtliche Herrschaft der Gesetze ist alsdann, falls nichts anderes vereinbart, das Landesgesetz desjenigen Ortes zuständig, wo die Wertpapiere sich befinden.

#### a. Das materielle Recht.

So ist das materielle Recht fast ganz dem Gemeinen Recht und den Landesgesetzen verblieben. Diese haben insbesondere die einzelnen Rechtsformen der beim Verwahrungs- und Pfand-Vertrage vorkommenden Aufbewahrung fremder Wertpapiere, deren

Arten vom Depotgesetz nur festgelegt sind, mit den einschlagenden zivilrechtlichen Normen auszufüllen; die Vorschriften des Gemeinen bezw. jeweiligen Partikularrechts sind also anzuwenden, soweit sie die Konstruktion und das gesetzliche Obligationenrecht der Rechtsformen der Aufbewahrung fremder Wertpapiere betreffen.

Das Gemeine Recht sowie die modernen Kodifikationen[1]) haben innerhalb ihrer Geltungsgebiete insbesondere zu entscheiden über die Gründe und Erfordernisse der Entstehung (Perfektion)[2]) und der Erlöschung des Verwahrungs- oder Pfand-Vertrages, ob der Vertrag durch Besitzverlust des Verwahrers oder Pfandgläubigers endige[3]), ferner darüber, wann ein gegebenes Sachverhältnis eine regelmäßige, unregelmäßige oder beschränkt-regelmäßige Verwahrung, ein eigentliches oder unregelmäßiges Pfand enthält, weiterhin, welche Rechte und Pflichten[4]) außer den durch das Depotgesetz hinsichtlich der Aufbewahrung der fremden Wertpapiere normierten Pflichten unter den Vertragschließenden bestehen[5]), so bezüglich der Rückgabepflicht[6]) des Verwahrers bezw. Pfandgläubigers, deren Voraussetzungen, des

---

[1]) Gegebenen Falls gelten die etwaigen Bestimmungen des Hand.-Gesetzb., wie Art. 282 (Sorgfalt), Art. 290 (Entgelt); vgl. Art. 277.

[2]) Z. B. das Erfordernis der Übertragung von Besitz oder doch Detention des in Gewahrsam gegebenen Wertpapiers auf den Inverwahrnehmer.

[3]) Preuß. Landrecht Teil I Tit. 20 §§ 244. 253. 281. Entsch. des Reichsg in Zivils. Bd. 25 S. 290. Code civil Artt. 1919. 2076.

[4]) So hat z. B. der Verwahrer nach Preuß. Landrecht und nach dem Code civil ein Zurückbehaltungs-, aber kein Kompensationsrecht, nach Gemeinem Recht auch kein Zurückbehaltungsrecht. Ist der Hinterleger auch Kaufmann, so gelten bezüglich des Zurückbehaltungsrechts die Artt. 313 ff. Hand.-Gesetzb.

[5]) Code civil Artt. 1927 ff. 1947 f. 1293 Nr. 2. Artt. 2073. 2078 ff. Preuß. Landrecht Teil I. Tit. 14. §§ 11 ff. §§ 76 ff. Teil I. Tit. 20 §§ 116 ff.

[6]) Ein Recht des Depositenempfängers zur vorzeitigen Rückgabe besteht im Zweifel nicht. Apt a. a. O. S. 24 Abs. 4.

Zeitpunktes, wann nach dem Tode des Hinterlegers die Papiere herauszugeben sind und an wen[1]), ferner über den redlichen Erwerb[2]) oder die Vindikation[3]) von Inhaberpapieren beim Verwahrungs- oder Pfand-Vertrage, über die Klagen und Rechtsmittel, durch welche die Parteien ihre Rechte verfolgen können, und deren Verjährung, über die gegen die Klagen statthaften Einreden[4]), über die Frage des Alters und des Ranges der Pfandrechte, wenn mehrere, etwa das vertragliche Pfand und ein Pfändungspfand einander gegenübertreten[5]), über die juristische Konstruktion des Pfandes, ob bei verpfändeten Wertpapieren die durch das Papier beurkundete Forderung oder das Papier verpfändet sei[6]).

---

[1]) Nach Code civil Art. 1939 Abs. 1 ist z. B. die hinterlegte Sache im Falle des Todes des Hinterlegers nur an dessen Erben herauszugeben. Vgl. Entsch. d. Reichsg. in Zivils. Bd. 23 S. 310 ff.

[2]) Vgl. Entsch. d Reichsg. in Zivils. Bd. 28 S. 109 ff. (Umfang der Pflicht des Pfandgläubigers, die Verfügungsbefugnis des Verpfänders über die Inhaberpapiere zu prüfen); ferner Entsch. d. Reichsg. in Zivils. Bd. 36 S. 120 ff.

[3]) Vgl. Entsch. d. Reichsg. in Zivils. Bd. 38 S. 105 ff.

[4]) Vgl. Entsch. d. Reichsg. in Zivils. Bd. 15 S. 208 ff. (Zulässigkeit der exceptio dominii gegenüber der actio directa des Hinterlegers); ferner Entsch. d. Reichsg. in Zivils. Bd. 12 S. 90 f. (Unzulässigkeit der exceptio retentionis des Verwahrers beim unregelmäßigen Depositum, wenn er Eigentümer der Papiere geworden ist).

[5]) Vgl. Entsch. d. Reichsg. in Zivils. Bd. 14 S. 251 f. (Alter von Kredithypotheken, wenn die persönliche Forderung successiv entsteht.)

[6]) Bei Beantwortung dieser Frage, ob ein pignus rei oder ein pignus nominis vorliege, ist unter Zugrundelegung der Absicht der Vertragschließenden davon auszugehen, daß bei der Verpfändung von Wertpapieren des § 1 des Depotgesetzes der Inhalt des Rechts, welches der Verpfänder hat, zum Pfande gesetzt ist. Bei der Inhaberaktie z. B. ist dies das Gläubigerrecht des Aktionärs gegen das Vermögen der Aktiengesellschaft, nicht etwa die persönlichen Mitgliedsrechte, wie Stimmrecht und Wahlrecht in der Generalversammlung. Die Inhaberaktie ist nur verpfändet, soweit sie einen Verkaufswert hat. Es wird daher

Das Gemeine bezw. Landesrecht entscheidet aber nicht über das Vorhandensein der Rechtsformen der Aufbewahrung fremder Wertpapiere, weil diese das Depotgesetz aufgestellt hat, dem das Gemeine bezw. Landesrecht nicht entgegentreten kann. So ist dem Gemeinen (Römischen) Recht der unregelmäßige Pfand-Vertrag (pignus irregulare) unbekannt. Gleichwohl sind die allgemeinen Normen des römischen Obligationen- und Pfandrechts heranzuziehen, um den in § 2 des Depotgesetzes zugelassenen unregelmäßigen Pfand-Vertrag juristisch zu konstruieren, insbesondere die Grundsätze über seine Entstehung, seine Wirkungen und seine Endigung zu entwickeln und klarzustellen. Analog ist bei der Rechtsform des dem Preußischen Allgemeinen Landrecht[1]) unbekannten unregel-

---

regelmäßig ein pignus nominis im gemeinrechtlichen Sinne vorliegen. Infolgedessen bedarf es keiner Rückübertragung des Rechtes aus der Aktie oder dieser selbst auf den Verpfänder, wenn die Pfandschuld bezahlt ist. Vgl. Entsch. d. R.-G. in Zivils. Bd. 24 S. 163. — Wenn auch die über die Inhaberaktie ausgestellte Urkunde mit in das Pfand übergeht, so entsteht dadurch doch kein zweites Pfandrecht, etwa ein pignus rei neben dem pignus nominis. Dies ergiebt sich aus dem Verhältnis der Urkunde zu der Forderung. Bei Inhaberschuldurkunden ist das Papier nur um der Forderung willen vorhanden; das Papier bildet keinen selbständigen Gegenstand des Eigentums in der Hand des Gläubigers und damit auch nicht der Verpfändung. Vgl. Entsch. d. Reichsg. in Zivils. Bd. 33 S. 108. 112. Verpfändet etwa der Aktionär die Inhaberaktie, ohne das durch die Aktie beurkundete Gläubigerrecht mit zu verpfänden, so entsteht ein ähnliches Verhältnis, wie wenn bloße Beweis- oder Legitimationspapiere zur Sicherheit gegeben werden. Die Aktie hat dann keinen Verkaufswert, und es liegt kein pignus nominis vor. Die Absicht der Vertragschließenden kann in einem solchen Falle nur auf Übertragung des Besitzes und eines Zurückbehaltungsrechtes an den Gläubiger bis zu dessen Befriedigung gerichtet sein. Vgl. Entsch. d. Reichsg. in Zivils. Bd. 16 S. 172. Das Depotgesetz, das ein wirkliches Pfand im Auge hat, findet dann keine Anwendung.

[1]) Vgl. Förster — Eccius, Preußisches Privatrecht Bd. 2 § 139 S. 303 f.; Koch, das Recht der Forderungen Bd. 3 § 275 S. 476; Engelmann,

mäßigen Verwahrungs-Vertrages (depositum irregulare) zu verfahren. Der gegebenen Falls zuständige landrechtliche Richter darf die Rechtsform des unregelmäßigen Verwahrungs-Vertrages nicht deshalb außer Acht lassen, weil er im Landrecht nicht anerkannt sei, sondern er hat ihn unter sinngemäßer Anwendung der entsprechenden Vorschriften des Allgemeinen Landrechts zu konstruieren[1]).

b. Die dem Depotgesetz unterstellten Papiere.

Das Depotgesetz hat in § 1 die Gattungen von Papieren aufgezählt, die von ihm beherrscht werden und hinsichtlich deren die vom Depotgesetze aufgestellten Pflichten zu erfüllen sind. Diese Gattungen kann das Landesgesetz nicht beschränken oder durch Einfügung neuer erweitern[2]). Da jedoch eine nähere Begriffsbestimmung der einzelnen Papiere im Depotgesetze nicht gegeben ist, so ist die Frage, ob ein Papier im gegebenen Falle ein Inhaberpapier, eine Kuxe oder ein vertretbares Wertpapier sei, nur an der Hand des Landesrechts zu beantworten[3]). Der Begriff der Aktie ergiebt sich aus dem Allgemeinen Handels-Gesetzbuch[4]). Der Begriff und die Verhältnisse des Papiergeldes

---

Preußisches Privatrecht § 154 S. 326. Ebenso Entsch. d. Reichsg in Zivils. Bd. 11 S. 319 f., Bd. 23 S. 102 f, Bd. 38 S. 237. And. Mein. Dernburg, Lehrbuch des Preußischen Privatrechts Bd. 2 § 212 S. 630 f.

[1]) Er darf also nicht ohne weiteres ein Darlehn oder Kommodat als vorliegend annehmen. Vgl. Engelmann a. a. O. S. 326.

[2]) Das Landesgesetz kann z. B. Depotwechsel, die nicht unter das Depotgesetz fallen (vgl. Begründung zum Gesetzentwurf S. 87), nicht den in § 1 des Depotgesetzes aufgeführten Wertpapieren gleichstellen. Über Depotwechsel vgl. Entsch. des Oberlandesgerichts Celle in Seuffert's Archiv Bd. 23 S. 203 f.

[3]) In Zukunft werden diesbezüglich maßgebend sein die Bestimmungen des Bürgerl. Gesetzb. §§ 793—807.

[4]) Vgl. Artt. 207 ff. Hand.-Gesetzb. Ebenso der Begriff des „Kaufmannes" Artt. 4. 272 ff. Vgl. Küttner, Börsengesetz und Depotgesetz S. 51 Note 1.

und der Banknoten werden insbesondere nach dem Reichsgesetz, betreffend die Ausgabe von Reichskassenscheinen vom 5. Mai 1875, und dem Reichsbankgesetz vom 14. März 1875 beurteilt werden müssen.

Bezüglich der auf den Inhaber lautenden Schuld-Verschreibungen — Inhaberpapiere [1]) — muß nur das auf Grund einer Auslegung des § 1 des Depotgesetzes angenommen werden, daß das Gesetz darunter die sogen. echten Inhaberpapiere verstanden wissen will, d. h. solche Schuldverschreibungen, in denen der Aussteller jedem Inhaber oder Vorzeiger des Papiers (nicht einem bestimmten Gläubiger) die verbriefte Summe verspricht, in der Art, daß das Papier die Forderung als eine Realobligation an sich knüpft und sie gleichsam verkörpert enthält [2]). Das Depotgesetz schließt daher von seinem Geltungsbereiche ganz allgemein die sogen. hinkenden oder unvollkommenen [3]) Inhaberpapiere und Legitimationspapiere [4]) aus.

[1]) Daß im übrigen die Inhaberpapiere in ihren Rechtsverhältnissen nur nach Landesrecht beurteilt werden können, geht auch schon daraus hervor, daß die Befugnis zur Ausgabe von echten Inhaberpapieren auf eine bestimmte Geldsumme fast in allen deutschen Bundesstaaten an die Nachsuchung eines Privilegs geknüpft ist. Das erteilte Privileg — regelmäßig eine constitutio personalis in Verordnungsform — bestimmt alsdann die Art, die Voraussetzungen und den Inhalt des Inhaberpapiers. Für Preußen kommt die Verordnung vom 17. Juni 1833 in Betracht, wonach derartige Inhaberpapiere nur mit Königlicher Genehmigung ausgegeben werden dürfen. Vgl. auch § 795 Bürg. Gesetzb.

[2]) Vgl. über das Wesen des Inhaberpapiers, über das in der Wissenschaft sehr gestritten wird, u. a. Goldschmidt in seiner Zeitschrift Bd. 29 S. 111 ff. Brunner in Endemann's Handbuch des Handelsrechts Bd. 3 S. 210. Gerber, System des deutschen Privatrechts S. 298 u. Note 3 Jhering in seinen Jahrbüchern für Dogmatik Bd. 10 S. 210. Förster—Eccius, Preuß. Privatrecht Bd 1 S. 703. Dernburg, Preuß. Privatrecht Bd. 2 § 88 S. 215. Entsch. d. Reichsg. in Zivils. Bd. 18 S. 8.

[3]) z. B. Lebensversicherungs-Policen, Sparkassenbücher. Vgl. hierüber Stobbe Handb. d. deutsch. Privatr. Bd. 3 S. 194. Dernburg a. a. O. S. 216 f.

[4]) Z. B. Theater-Eintrittskarten, Eisenbahnfahrkarten.

### c. Die Wirkungen der Ermächtigung aus § 2 des Depotgesetzes.

In Ermangelung reichsgesetzlicher Vorschriften ist des weiteren nach den Landesgesetzen festzustellen, welche Wirkungen die in § 2 des Depotgesetzes vorgesehene Ermächtigung hat.

Aus dem Depotgesetze ist nur ersichtlich, daß vermöge dieser Ermächtigung, mag sie mehr oder minder umfassend sein, ein unregelmäßiger (bezw. beschränkt-regelmäßiger) Verwahrungs- oder ein unregelmäßiger Pfandvertrag entsteht. An diese Rechtsformen, die auf Reichsrecht beruhen, ist die juristische Auslegung gebunden, sodaß, wie bereits bemerkt, auch im Gemeinen Recht mit einem unregelmäßigen Pfandvertrage und im Preußischen Landrecht mit einem unregelmäßigen Verwahrungsvertrage als solchen zu rechnen ist.

Anders wird die Sachlage, wenn der Verwahrer oder Pfandgläubiger von der Ermächtigung, gleichartige Papiere zurückgewähren zu dürfen, wirklich Gebrauch macht, sodaß ein Guthaben des Hinterlegers bezw. Verpfänders gegen ihn entsteht. Dieses ist dann nach dem Gemeinen bezw. jeweils zuständigen Landesrecht zu beurteilen, und hier können sich Verschiedenheiten ergeben. Wenn u. a. im Gebiete des Gemeinen Rechts verabredet wird, der Verwahrer solle nur eine gleiche Summe oder Menge zurückzugeben brauchen, so bleibt das Geschäft selbst dann ein Depositum, wenn auch ein unregelmäßiges, falls der Verwahrer die Summe oder Menge verbraucht. Denn das römische depositum irregulare hat nur die Abweichung von dem depositum regulare, daß der Verwahrer Eigentümer der vertretbaren Sachen wird, mit der Verpflichtung der Rückgabe der gleichen Summe oder Menge; die sonstigen objektiven Rechtsnormen über die Verwahrung finden nach wie vor Anwendung, insbesondere die, daß der Hinterleger jederzeit die Rückgabe fordern kann, sowie der Ausschluß der Kompensationseinrede.

Anders im Gebiete des Preußischen Landrechts[1]). Hier geht von dem Augenblicke an, in dem der Verwahrer der Ermächtigung zum Gebrauche der Sachen (gegen die Verpflichtung zur Rückgabe von gleicher Summe oder Menge) sich bedient, der ursprüngliche Verwahrungsvertrag in ein Darlehn über, sodaß von nun an grundsätzlich die hierüber bestehenden Vorschriften anzuwenden sein werden.

---

## § 11.

## Ausschluß der Anwendung von landesrechtlichen Vorschriften.

### a. Form der Errichtung des Vertrages.

Hinsichtlich der Form der Errichtung eines Verwahrungs- oder Pfandvertrages nach dem Depotgesetze können die Normen des Landesrechts keine Anwendung finden. Denn die im Depotgesetze normierten Rechtsgeschäfte sind Handelsgeschäfte[2]) und als solche an eine Form irgend welcher Art nicht gebunden. Es war daher erforderlich, daß, wenn im Depotgesetze, wie in § 2, eine bestimmte Form geschaffen werden sollte, dies besonders als Ausnahme bestimmt wurde.

Von dieser Ausnahme des § 2 des Depotgesetzes abgesehen, sind demnach alle in den Landesgesetzen etwa vorgeschriebenen Formen bei Errichtung eines Verwahrungs- oder Pfandvertrages beseitigt; so fordert z. B. der Code civil und das Preußische

---

[1]) Vgl. Entsch. d. Reichsg. in Zivils. Bd. 11 S. 322 f. — Im Französischen Recht ist es zweifelhaft, ob alsdann das unregelmäßige Depositum den Deposital-Charakter behält, oder ob es zu einem Darlehn oder Kommodat wird. Vgl. Zachariä—Dreyer, Handbuch des Französischen Zivilrechts Bd. 2 S. 651 Note 2 und S. 653 Note 3.

[2]) Vgl. Kunreuther a. a. O. S. 122 Note 2.

Landrecht die schriftliche Form der Errichtung eines Pfandvertrages[1].

Nicht beseitigt ist jedoch z. B. das Erfordernis des Preußischen Landrechts und des Code civil, wonach die Pfandsache in den Besitz des Pfandgläubigers kommen muß, um das Pfandvorzugsrecht zu begründen; denn hier handelt es sich nicht um eine bloße Form des Vertrages, sondern um ein materielles Erfordernis zur Entstehung und Begründung des Pfandrechts[2].

b. Einfluß der Parteiabsicht und der Begleitumstände auf den Charakter des Rechtsgeschäfts.

Aus dem oben erwähnten, gegebenen Falls erfolgenden Übergange des unregelmäßigen Verwahrungsvertrages in ein Darlehn darf nicht gefolgert werden, daß nach Erteilung und Benutzung der Ermächtigung des § 2 nunmehr das Rechtsverhältnis der Parteien bei der Verwahrung von Wertpapieren unbedingt nur als Darlehn aufgefaßt und schlechthin nach den für dieses geltenden Vorschriften beurteilt werden müßte[3].

---

[1]) Code civil Artt. 2074. 2075. Preuß. Landrecht Teil I Tit. 20 §§ 273. 281. Vgl. bezüglich des Code civil Zachariä—Dreyer, Handbuch Bd. 2 § 433 S 715 u. Note 4. Der Abschluß des Verwahrungsvertrages ist nach Code civil nicht an eine Form gebunden; vgl Zachariä—Dreyer a. a. O. S. 652. Bezüglich des Preuß. Landrechts vgl. Rehbein u. Reincke, Allg. Landrecht Bd. 2 S. 404 u. Note 127.

[2]) Code civil Art. 2076. Preuß. Landrecht Teil I, Titel 20 § 281. Vgl. bezügl. des Code civil Zachariä—Dreyer, Handbuch Bd. 2 § 433 S. 717; bezügl. des Preuß. Landrechts Entsch. d. Reichsg. in Zivils. Bd. 19 S. 151 f.

[3]) Wie Neumann—Hofer a. a. O. S. 10 irrigerweise annimmt. Diese rechtliche Auffassung würde den Bankier als Verwahrer bedeutend günstiger stellen, weil der Hinterleger dann z. B. gemäß den Vorschriften über das Darlehn dem Bankier zunächst kündigen müßte; allerdings würde dann auch eine Verzinsung eintreten müssen. Beide Folgen sind aber zweifellos nicht Absicht der Parteien bei Abschluß eines Depositenvertrages, denn es werden, wie Neumann—Hofer a. a. O. S. 13 selbst zugiebt, Kapitalisten ihre Kapitalien niemals im Depositengeschäft zinsbar anlegen.

Es muß vielmehr auch der Wille der Vertragschließenden bei Eingehung des Verwahrungsvertrages und namentlich die Thatsache in Betracht gezogen werden, daß diese ein Darlehn gar nicht beabsichtigt hatten. Ihre Absicht war auf eine bank- oder börsenmäßige Hinterlegung von Wertpapieren gerichtet, in Verfolg welcher der Verwahrer zwar auf Grund der Ermächtigung, falls er sie benutzte, das Eigentum an den Papieren erlangte, dem Hinterleger jedoch das Recht verblieb, jederzeit über die Papiere zu verfügen, sodaß der Verwahrer sie, wenn freilich auch nur solche von gleicher Zahl und Art, zur Rücklieferung bereit halten mußte. Das Rechtsverhältnis muß daher sowohl während seiner Dauer, wie auch besonders beim Eintritt des Zeitpunktes der Rückgabe, in seiner Gesamtheit und besonders mit Rücksicht auf die Vertragsabsicht und den Zweck des ganzen Geschäftes betrachtet werden[1].

Aus diesen Gesamtumständen geht aber hervor, daß man dem Parteiwillen und den thatsächlichen Verhältnissen nicht gerecht werden würde, wenn man das Geschäft unter den einseitigen, rein formalen Gesichtspunkt des Darlehns fassen wollte, und daß eben nicht ein Darlehn, sondern eine Verwahrung mit gleichzeitigem Guthaben gegen den Verwahrer gewollt ist und vorliegt. Bei der Abgrenzung der Verwahrung von verwandten Verträgen wird nämlich das unterscheidende Merkmal dadurch gefunden, daß festgestellt wird, ob der Vertrag die Pflicht zur Aufbewahrung einer Sache in der Weise enthält, daß sie sich ausschließlich als rechtliche Folge des Hinterlegungs-Vertrages und nicht etwa als Ausfluß eines außerdem nebenher bestehenden Rechtsverhältnisses darstellt, und ob ferner die Aufbewahrungspflicht zu Gunsten des Hinterlegers dergestalt übernommen ist, daß diesem jederzeit — selbst bei Verabredung einer bestimmten Dauer der Verwahrung — das Rückforderungsrecht zusteht. Weist ein Vertrag diese Merkmale, wie der Verwahrungsvertrag, auf, so kann er nicht als

[1]) Vgl. Entsch. d. Reichsg. in Zivils. Bd. 23 S. 102 f.

Darlehn (und auch nicht als Mandat, Kommodat oder Kontokurrentvertrag) angesehen werden[1]). Zumal bei Bank- und Börsengeschäften, in deren Gestalt die Hinterlegungen von Wertpapieren am regelmäßigsten erscheinen, müssen die Rechtsform und die juristischen Folgerungen, die aus der strengen Anwendung der Privatrechtsnormen des Vertrages gezogen werden könnten, vielfach hinter dem Kredit- oder Finanzzwecke, zu dessen Erreichung das Geschäft gemäß Parteiabsicht geschlossen wird, zurücktreten. Der wirtschaftliche Charakter des Geschäftes tritt alsdann in den Vordergrund und drängt den juristischen zurück. Der Richter hat sich in solchen Fällen über die starre Rechtsform hinwegzusetzen, darüber hinaus in den innern Parteiwillen einzudringen und den Kern des wirklich Gewollten herauszuholen; es wäre verfehlt, wenn er sich an die äußere Erscheinungsform des Geschäftes anklammern wollte, um zur richtigen Beurteilung des wirklichen Charakters des Vertrages zu gelangen[2]). Es dürfen

---

[1]) Vgl. Entsch. d. Reichsg. in Zivils. Bd. 12 S. 87 f.

[2]) Als besonders augenfälliges Beispiel für diese Notwendigkeit des Eindringens in den eigentlichen Parteiwillen mag das Reportgeschäft angeführt werden. Das Reportgeschäft, das eine unmittelbare Eigentumsübertragung enthält und daher nicht unter das Depotgesetz fällt (vgl. v. Pechmann a. a. O. S. 8), besteht darin, daß Wertpapiere gegen Bezahlung verkauft und für einen bestimmten Zeitpunkt (etwa ultimo des nächsten Monats) zurückgekauft werden. Der Report ist der je nach den zur Zeit des Rückkaufs geltenden Kursen bemessene, von dem Geldgeber (Käufer) in dem Geschäfte gesuchte Gewinn. Trotz der äußeren Form des Reportgeschäftes als Kaufs mit der Nebenabrede des Wiederverkaufs, ist es mit dem Wesen des Vertrages vereinbar, den Ankäufer als Darleiher des eigentlich als Kaufpreis geltenden Geldes und das Geschäft selbst als Sicherungsmittel des Darlehns aufzufassen. Dann wäre der Report nur der Ausdruck des Zinssatzes für das geliehene Geld. Vgl. Entsch. d Reichsg. in Zivils. Bd. 19 S. 150 ff; Saling's Börsenpapiere Bd. 1 S. 99 f. Im Reportgeschäft kann sonach je nach der Absicht der Parteien und den begleitenden Thatumständen ein Darlehn oder auch ein wirklicher Kauf mit Rückkauf gefunden werden. — Ebenso kann

daher die gemein- bezw. landesrechtlichen Bestimmungen, denen das Hinterlegungsgeschäft im allgemeinen untersteht, dessen Zweck und die Absicht der Parteien nicht überwuchern; der Übergang in ein persönliches Forderungsverhältnis bei der unregelmäßigen Verwahrung darf keine Rechtsfolgen erzeugen, die sich zwar aus der Rechtsform des unregelmäßigen Verwahrungsvertrages an sich ergeben würden und könnten, die aber von den Parteien nicht bezweckt sind[1]).

---

## § 12.

## Die Bestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuchs.

An die Stelle der landesgesetzlichen Vorschriften, die heute noch das Depotgesetz ergänzen, soweit die Entwicklung und Klarstellung des Begriffes von Verwahrungs- und Pfandvertrag und die Rechtsnormen über Inhalt und Wirkungen dieser Verträge in Frage kommen, werden in Zukunft (vom 1. Januar 1900 ab) die Bestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich treten.

### a. Die Verwahrung der Wertpapiere im allgemeinen.

Im Bürgerlichen Gesetzbuch wird wie im Gemeinen Recht und in den meisten Landesgesetzgebungen die regelmäßige und die unregelmäßige Verwahrung unterschieden. Der Verwahrungs-

in diesem Zusammenhange das Differenzgeschäft erwähnt werden, bei dem selbst im Widerspruch mit der gebrauchten Rechtsform auf die Absicht der Parteien zwecks Feststellung des eigentlich vorliegenden Rechtsgeschäfts zurückgegangen wird.

[1]) Vgl. ebenso Apt, Depotgesetz, Anm. zu § 2 S. 31, der das Bestehen eines Handelsgewohnheitsrechtes in dem Sinne annimmt, daß das unregelmäßige Depositum unter den Regeln des Verwahrungsvertrages steht.

vertrag besteht nach § 688 darin, daß der Verwahrer verpflichtet ist, eine ihm vom Hinterleger übergebene bewegliche Sache aufzubewahren. Nach § 695 kann der Hinterleger die hinterlegte Sache jederzeit zurückfordern, auch wenn für die Aufbewahrung eine Zeit bestimmt ist; ebenso kann gemäß § 696 der Verwahrer in Ermangelung einer Zeitbestimmung jederzeit die Rücknahme der hinterlegten Sache verlangen. Nach § 697 hat die Rückgabe der hinterlegten Sache an dem Orte zu erfolgen, an welchem die Sache aufzubewahren war, und der Verwahrer ist nicht verpflichtet, die Sache dem Hinterleger zu bringen.

Diese und die anderen Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs über die Verwahrung (betreffs der Vergütung, der Aufbewahrungsart u. s. w.) werden also künftig als Ergänzung und nähere Bestimmung der in § 1 des Depotgesetzes über die zu regelmäßiger Verwahrung übergebenen Wertpapiere enthaltenen Normen zu dienen haben.

Zweifelhaft könnte vielleicht sein, ob und inwiefern die Vorschrift des § 692 des Bürgerlichen Gesetzbuchs auf die im Depotgesetze dem Verwahrer auferlegten Pflichten von Einfluß sein und diese ändern würde. Der § 692 des Bürgerlichen Gesetzbuchs besagt nämlich, daß der Verwahrer berechtigt sei, die vereinbarte Art der Aufbewahrung zu ändern, wenn er den Umständen nach annehmen dürfe, daß der Hinterleger bei Kenntnis der Sachlage die Änderung billigen würde. Es könnte hiernach wohl die Ansicht vertreten werden, daß die Vorschriften des § 1 des Depotgesetzes über die gesonderte Aufbewahrung (und das Verbot des Sammeldepots) durch § 692 des Bürgerlichen Gesetzbuchs hinfällig würden, indem der Verwahrer sich über diese Vorschriften hinwegsetzen könne, wenn er die nachträgliche Billigung des Hinterlegers vermuten und annehmen dürfe. Dem widerspricht jedoch zunächst der Umstand, daß in § 692 des Bürgerlichen Gesetzbuchs von einer „vereinbarten“ Art der Aufbewahrung die Rede ist, während in § 1 des Depotgesetzes die Art der Aufbewahrung gesetzlich vor-

geschrieben ist; der § 692 läßt also die Möglichkeit einer Änderung dieser gesetzlichen Pflichten nicht zu. Zudem enthält das Depotgesetz zwingendes und in der Regel nicht verzichtbares Recht, außer wo ein Verzicht — wie in § 3 Abs. 2 des Depotgesetzes — ausdrücklich zugelassen ist. So hat denn auch der Verwahrer die Pflichten des § 1 des Depotgesetzes bei Vermeidung der Strafe gemäß § 10 des Depotgesetzes zu erfüllen; hieran kann durch Privatabkommen nichts geändert werden; die Pflichten des Verwahrers sind nicht im Interesse eines einzelnen Hinterlegers vom Gesetze getroffen, sondern im Interesse der Gesamtheit der Kunden, die mit einem, Hinterlegungsgeschäfte gewerbsmäßig betreibenden Bankier verkehren.

b. Der unregelmäßige Verwahrungsvertrag insbesondere.

Bezüglich der unregelmäßigen Verwahrung bestimmt der § 700 des Bürgerlichen Gesetzbuchs: „Werden vertretbare Sachen in der Art hinterlegt, daß das Eigentum auf den Verwahrer übergehen und dieser verpflichtet sein soll, Sachen von gleicher Art, Güte und Menge zurückzugewähren, so finden die Vorschriften über das Darlehn Anwendung. Gestattet der Hinterleger dem Verwahrer, hinterlegte vertretbare Sachen zu verbrauchen, so finden die Vorschriften über das Darlehn von dem Zeitpunkt an Anwendung, in welchem der Verwahrer sich die Sachen aneignet. In beiden Fällen bestimmen sich jedoch Zeit und Ort der Rückgabe im Zweifel nach den Vorschriften über den Verwahrungsvertrag. — Bei der Hinterlegung von Wertpapieren ist eine Vereinbarung der im Abs. 1 bezeichneten Art nur gültig, wenn sie ausdrücklich getroffen wird"[1]).

[1]) Diese im letzten Satze gegebene Formvorschrift für eine solche Vereinbarung berührt bezw. ändert nicht die Formvorschrift des § 2 des Depotgesetzes, weil die im Depotgesetze normierten Rechtsgeschäfte als Handelsgeschäfte hinsichtlich der Form nicht unter die Vorschriften des B. G.-B. fallen; die in § 2 des Depotgesetzes bestimmte Form ist eine in einem Sondergesetz normierte Ausnahme für die diesem Gesetz unterstehenden Handelsgeschäfte. (Siehe S. 49.)

Hiernach sind zwei Fälle zu unterscheiden:

1. Die Hinterlegung vertretbarer Sachen geschieht so, daß gemäß Absicht der Parteien das Eigentum auf den Verwahrer übergehen und ihm die Pflicht zur Rückgabe nur von ebensoviel in gleicher Güte obliegen soll;
2. es ist eine regelmäßige Verwahrung vereinbart, der Hinterleger hat aber gleich nach Abschluß des regelmäßigen Verwahrungsvertrages oder später während dessen Dauer den Verbrauch der hinterlegten Sache gestattet.

In beiden Fällen sollen die Vorschriften über das Darlehn Platz greifen, und zwar im ersteren Falle sofort mit der Übergabe und Eigentumsübertragung an den Verwahrer, im zweiten Falle mit dem Zeitpunkte, wo der Verwahrer von der Gestattung Gebrauch macht und sich die Sache aneignet.

Vom Gemeinen Recht weichen diese Vorschriften insofern ab, als nach diesem der unregelmäßige Verwahrungsvertrag unbeschränkt den Depositalcharakter behält mit der Besonderheit des Eigentumsüberganges auf den Verwahrer.

Vom Preußischen Landrecht unterscheidet sich das Bürgerliche Gesetzbuch insofern, als das erstere einen unregelmäßigen Verwahrungsvertrag überhaupt nicht anerkennt und bei den beiden Thatbeständen des § 700 des Bürgerlichen Gesetzbuchs ein reines, auch nicht einmal — wie beim Bürgerlichen Gesetzbuch — nach Zeit und Ort der Rückgabe beschränktes Darlehn entstehen läßt.

Mit den obigen Ausführungen, wonach in Gemäßheit der Absicht der Parteien und des Zweckes des Geschäftes bei einem bank- und börsenmäßigen unregelmäßigen Verwahrungsvertrage weder im Geltungsbereiche des Preußischen Landrechts noch in dem des Code civil ein Darlehn vorliegt, sondern ein Verwahrungsvertrag mit der Besonderheit des Eigentumsüberganges und der Rückgabepflicht von ebensoviel in gleicher Menge und Güte, stimmen im Grunde die Vorschriften des § 700 des Bürgerlichen Gesetzbuchs überein. Denn letzterer besagt nicht etwa, daß die

unregelmäßige Verwahrung — durch Novation — zu einem Darlehn werde, sodaß der ursprüngliche Verwahrungsvertrag nicht mehr bestände, sondern er gebraucht die Wendung, daß auf die unregelmäßige Hinterlegung „die Vorschriften über das Darlehn Anwendung finden" sollen. Auch der Umstand, daß selbst der Thatbestand, wo gleich beim Abschlusse des Vertrages die Eigentumsübertragung auf den Empfänger und die Rückgewährpflicht nur gleichartiger Sachen verabredet ist, als eine Art Hinterlegung und nicht als eine Art Darlehn aufgefaßt wird, widerspricht der Annahme, daß nach der Absicht des Gesetzgebers die Darlehnseigenschaft überwiegen bezw. allein gelten solle. Die unregelmäßige Verwahrung bleibt vielmehr auch nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch ein Verwahrungsvertrag, nur eingeschränkt durch Herübernahme der Vorschriften des Darlehns auf den Vertragsthatbestand[1]). Diese Auffassung wird des weiteren noch unterstützt durch die Vorschrift in § 700, daß im Zweifel Zeit und Ort der Rückgabe sich nach den Vorschriften über den Verwahrungsvertrag (§§ 695. 696. 697) bestimmen sollen. Ein „Zweifel" in diesem Sinne ist regelmäßig wohl dann vorhanden, wenn eine besondere Abrede wegen der Zeit und des Ortes der Rückgabe nicht getroffen ist, zumal bei dem unregelmäßigen Verwahrungsvertrage des § 2 des Depotgesetzes. Bei diesem ist sogar zu vermuten, daß, entsprechend seinem wirtschaftlichen und geschäftlichen Zwecke, der Hinterleger Ort und Zeit der Rückgabe der hinterlegten Papiere nach den Vorschriften des Verwahrungsvertrages geregelt wissen will. Er will jederzeit über die hinterlegten Papiere verfügen können, weshalb eine Kündigungsfrist für die Rücknahme nicht gesetzt wird; es würde geradezu in Widerspruch

---

[1]) Vgl. hierzu Oertmann, Kommentar zum B. G.-B. Bd. 2 S. 433 Note 1 zu § 700. Cosack, Lehrbuch des Deutschen Bürgerl. Rechts Bd. 1 S. 548. Meißner, das Bürgerliche Gesetzbuch S. 225. Nach Endemann, Lehrbuch des Bürgerl. Rechts Bd. 1 S. 841, handelt es sich um ein gemischtes Verhältnis.

mit der Absicht der Parteien stehen, wenn man dieses Rechtsgeschäft an die gesetzlichen Kündigungsfristen des § 609 Abs. 2 des Bürgerlichen Gesetzbuchs (bei Darlehn von mehr als 300 Mark drei Monate, bei Darlehn von geringerem Betrage ein Monat) binden wollte.

c. Die Verpfändung von Wertpapieren.

Das Bürgerliche Gesetzbuch kennt keine besondere Form für die Verpfändung von Wertpapieren; je nach der Art der Wertpapiere wird deren Verpfändung bald als Pfand an beweglichen Sachen, so bei den Inhaberpapieren (§ 1293 des Bürgerlichen Gesetzbuchs), bald als Forderungspfändung behandelt, so bei den anderen Wertpapieren und indossablen Papieren (§§ 1292. 1294—1296 des Bürgerlichen Gesetzbuchs).

Wenngleich ferner das Bürgerliche Gesetzbuch keine Normen über den unregelmäßigen Pfandvertrag (im Sinne des § 2 des Depotgesetzes) aufstellt, so ist doch auch nach seinem Inkrafttreten mit diesem Begriffe gemäß dem Depotgesetze zu rechnen; es gilt hier dasselbe, was oben bezüglich des Gemeinen Rechts ausgeführt worden ist (vgl. S. 45).

## C. Die Aufbewahrung fremder Wertpapiere auf Grund eines Kommissionsvertrages.

### I Allgemeines.

§ 13.

Eine dritte besondere Art oder Rechtsform der Aufbewahrung fremder Wertpapiere nach dem Depotgesetze ist die Aufbewahrung auf Grund eines Kommissionsvertrages. (Artt. 360. 378 des

Allgemeinen Deutschen Handels-Gesetzbuchs, §§ 383. 406 des Handels-Gesetzbuchs vom 10. Mai 1897[1]).

Im allgemeinen ist die mit einem Kommissionsgeschäfte verbundene Aufbewahrung von Wertpapieren ihrer rechtlichen Natur nach dem eigentlichen Verwahrungsvertrage zu vergleichen, wie er oben in seinen verschiedenen Gestaltungen erörtert worden ist.

Das hier zu behandelnde Rechtsgeschäft würde daher nicht für eine selbständige Rechtsform der Aufbewahrung von Wertpapieren gehalten werden können, wenn nicht das Depotgesetz dem Kommissionär in den §§ 3 und 5 besondere Pflichten auferlegt hätte, die diese Art der Aufbewahrung von Wertpapieren sehr wesentlich von der Verwahrung eines Nichtkommissionärs unterscheiden. Materiellrechtlich ist aber ferner wesentlich, daß der Rechtsgrund dieses Rechtsgeschäftes ein anderer ist, nämlich nicht eine Hinterlegung, sondern eine Kommission, also ein Mandat[2]).

---

[1]) Das neue Handelsgesetzbuch vom 10. Mai 1897 wird insofern den Begriff des Kommissionärs der §§ 3 u. 5 des Depotgesetzes ändern, als es in Abweichung von Art. 360 des Allg. Deutschen Handelsgesetzbuchs die Kommissionsgeschäfte nicht grundsätzlich als Handelsgeschäfte auffaßt. Demnach kann nach dem Handels-Gesetzbuche vom 10. Mai 1897 auch der Nichtkaufmann Kommissionär sein (Vgl. Gareis, Das Handelsgesetzbuch vom 10. Mai 1897 S. 347, Vorbemerkung.) Dieser erweiterte Begriff des Kommissionärs wird in Zukunft dem Kommissionär der §§ 3. 5 des Depotgesetzes unterzulegen sein. Daß das Depotgesetz sich „Gesetz, betreffend die Pflichten der Kaufleute bei Aufbewahrung fremder Wertpapiere“ nennt, steht dem nicht entgegen. Denn das Depotgesetz ist unter der Herrschaft des alten Begriffes des Kommissionärs nach Art. 360 des Allg. Deutschen Handelsgesetzbuchs erlassen; nachdem das neue Handelsgesetzbuch an Stelle dieses Begriffes einen neuen gesetzt hat, tritt dieser auch im Depotgesetz dafür ein, weil das Depotgesetz nicht nur den kaufmännischen Kommissionär in seinen Geltungsbereich gezogen hat, sondern den Kommissionär, wie dessen Begriff nach dem Handelsgesetzbuch normiert ist.

[2]) Vgl. Staub, Kommentar zum Allg. Deutschen Hand.-Gesetzbuch, Bemerkung § 4 zu Art. 360 S. 969.

Nur der thatsächliche und rechtliche Inhalt dieses Mandats ist gemäß § 7 Abs. 2 des Depotgesetzes bezüglich der Pflichten des Kommissionärs derselbe wie bei den Rechtsgeschäften des § 1 des Depotgesetzes; im übrigen bleibt aber der juristischen Konstruktion nach die mit einem Kommissionsauftrage verknüpfte Aufbewahrung von Wertpapieren ein Teil und Element des Kommissionsvertrages, dessen Regeln sie folgt.

Bereits nach dem Allgemeinen Deutschen Handels-Gesetzbuch war auf Grund des Art. 361 der Kommissionär verpflichtet, das Geschäft mit der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns im Interesse des Kommittenten gemäß dem Auftrage auszuführen; er hatte dem Kommittenten die erforderlichen Nachrichten zu geben, insbesondere nach der Ausführung des Auftrages davon Anzeige zu machen, und über das Geschäft Rechenschaft zu geben. Bediente sich also der Kommissionär zur Ausführung einer Einkaufskommission der Vermittelung eines Dritten, so mußte er in Verfolg der Vorschriften des Art. 361 die vom Dritten bezogenen Waren oder Papiere für den Kommittenten sofort in Verwahrung nehmen und sich jeder benachteiligenden oder gefährdenden Verfügung über sie enthalten. Der Kommissionär konnte nur auf Grund seines nach Artt. 374. 375 ihm zustehenden Pfand- und Vorzugsrechtes Befriedigung aus den Papieren suchen.

Begnügte sich der Kommittent mit einer einfachen Anzeige des Kommissionärs über die von diesem bewirkte Ausführung des ihm erteilten Auftrages, ohne Mitteilung eines ins einzelne gehenden Stückeverzeichnisses, so war die Vorschrift erfüllt und der Kommissionär gedeckt. Mehrfach nahm man zwar an, daß die Nummernangabe auf Verlangen des Kommittenten erforderlich sei[1]), allein diese Annahme fand im Gesetz keine genügende Stütze, und auch die Rechtsprechung entschied sich regelmäßig für Ver-

[1]) So z. B. Staub, Kommentar zum Hand.-Gesetzb. Note §§ 12. 13 zu Art. 361.

neinung dieser Frage[1]). Es entstanden aus der nicht genauen Fassung der Vorschriften des Art. 361 und der daraus sich im Bank- und Börsenverkehr entwickelnden Geschäftspraxis mancherlei Mißbräuche, welche die Interessen der mit dem Geschäftsgebahren des Börsenhandels nicht genügend vertrauten Kommittenten oft schwer schädigten. Insbesondere war der Geschäftsgebrauch weit verbreitet, daß die durch Einkaufskommission zu beschaffenden Effekten sich gar nicht im wirklichen Gewahrsam des Kommissionärs befanden, selbst wenn dieser die erfolgte Ausführung des Auftrages und Inverwahrnahme der Papiere dem Kunden ausdrücklich angezeigt hatte[2]). Es war geradezu in den Bankierskreisen zum maßgebenden Grundsatze geworden, daß der Bankier bei der Einkaufskommission lediglich sogen. Stückeschuldner sei, und daß die Anzeige der Inverwahrnahme nur die Ankündigung der Erfüllungsbereitschaft, nämlich die Papiere liefern zu wollen und zu können, enthalte; somit erlangte der Kommittent nur ein persönliches Forderungsrecht gegen den Kommissionär[3]). Ein großer Teil der Kunden der Bankiers war mit diesem Geschäftsgebahren einverstanden, weil sie durch Vermittelung der Bankiers nur Differenzspiel an der Börse betreiben wollten und weil es bei diesem auf die thatsächliche Lieferung nicht ankommt.

Um diesem Unwesen zu steuern, mußte das Depotgesetz darauf Bedacht nehmen, daß sowohl den Kunden das Eigentum an den für sie vom Bankier eingekauften Papieren möglichst

[1]) Entsch. d. Reichsg. in Zivils. Bd. 11 S. 52, Bd. 24 S. 307. Entgegengesetzt erachtete das Urteil des Reichsg. vom 2. Dezember 1880 in Entsch. d. Reichsg. in Zivils. Bd. 5 S. 6 die Angabe der Nummern der eingekauften Wertpapiere für erforderlich.

[2]) Vgl. Strohal in Monatsschrift für Aktienrecht und Bankwesen, 2. Jahrgang Nr. 22 S. 359.

[3]) Vgl. Goldschmidt, „Börsen urd Banken“ in den Preußischen Jahrbüchern 1891 S. 876 ff.; Lusensky, Ges. betr. die Pflichten der Kaufleute bei Aufbewahrung fremder Wertpapiere S. 25; Apt, Depotgesetz S. 14; Kunreuther, Börsengesetz und Depotgesetz S. 115.

schnell gesichert und klargestellt werde, als auch die Befugnisse des Bankiers an diesen Papieren genau geregelt würden.

Zu dem Zwecke bestimmt es in den §§ 3 und 5, daß der Kommissionär, der einen Auftrag zum Einkauf oder zum Umtausch oder zur Geltendmachung eines Bezugsrechtes[1]) bezüglich der in § 1 des Depotgesetzes bezeichneten Wertpapiere ausführt, dem Kommittenten ein Verzeichnis der Stücke[2]) mit Angabe der Gattung, des Nennwerts, der Nummern oder sonstiger Unterscheidungsmerkmale zu übersenden hat. Im Falle der Einkaufskommission (§ 3 des Depotgesetzes) hat die Uebersendung binnen 3 Tagen[3]) zu erfolgen. Diese Frist beginnt, falls der Kommissionär bei der Anzeige über die Ausführung einen Dritten als Verkäufer namhaft gemacht hat, mit dem Erwerb der Stücke[4]),

[1]) Auf die Wertpapiere, die der Kommittent zu Verkaufszwecken dem Kommissionär übergiebt, beziehen sich die Vorschriften des Depotgesetzes nicht, wenn auch der Kommissionär bis zum Verkaufe die Papiere in längerem oder kürzerem Gewahrsam hat. Es liegt kein Verwahrungsvertrag im Sinne des § 1 des Depotgesetzes vor. Vgl. v. Pechmann a. a. O. S. 9.

[2]) Daß das Stückeverzeichnis von dem Kommissionär oder von einem zu dessen Vertretung Berechtigten unterzeichnet sein müsse, um voll beweiskräftig zu sein, nimmt zu Unrecht Apt, Depotgesetz S. 33 (gestützt auf eine Äußerung des Abgeordneten Fritzen bei der ersten Beratung des Gesetzes im Reichstage) an. Vgl. Rießer a. a. O. S. 32; Lusensky a. a. O. S. 59.

[3]) Vgl. v. Pechmann a. a. O. S. 82. Diese Pflicht ist in erster Linie zwecks Regelung der Eigentumsfrage (siehe unten) gegeben. Wenn also aus dem Wesen und Zweck des erteilten Kommissionsauftrages im einzelnen Falle sich eine Pflicht des Kommissionärs zur *sofortigen* Benachrichtigung des Kommittenten von der Ausführung des Auftrages ergiebt (vgl. Entsch. des Reichsg. in Zivils. Bd. 14 S. 123 f.), so wird diese durch die Fristbestimmung in § 3 des Depotgesetzes nicht berührt. — Bezüglich der Berechnung der Frist vgl. Art. 330 Hand.-Gesetzb.

[4]) Körperliche Hereinnahme ist hierzu nicht erforderlich; es genügt Eigentumserwerb des Kommissionärs durch constitutum possessorium. Vgl. Kunreuther a. a. O. S. 126 Note 3.

sonst mit dem Ablauf des Zeitraumes, innerhalb dessen der Kommissionär nach Erstattung der Ausführungs-Anzeige die Stücke bei ordnungsmäßigem Geschäftsgange ohne schuldhafte Verzögerung beziehen konnte. In den beiden andern Fällen der Kommission (§ 5 des Depotgesetzes) beträgt die Frist zur Einsendung zwei Wochen nach Empfang der neuen Stücke; diese Frist ist hier deshalb länger bemessen, weil die in § 5 aufgeführten Geschäfte eine gesteigerte Geschäftsthätigkeit in Anspruch zu nehmen pflegen, sodaß eine kürzere Frist für sie nur schwer innegehalten werden könnte.

Die Übersendung des Stückeverzeichnisses darf im Falle der Einkaufskommission (§ 3 des Depotgesetzes) unterbleiben:

1. soweit die Auslieferung der eingekauften Stücke an den Kommittenten erfolgt[1]) oder ein Auftrag des Kommittenten zur Wiederveräußerung ausgeführt ist[2]);
2. wenn der Kommittent auf die Übersendung des Stückeverzeichnisses verzichtet[3]). Dieser Verzicht ist aber an die Formvorschriften der Ausdrücklichkeit und Schriftlichkeit gebunden und kann nur von Fall zu Fall (für jedes einzelne Geschäft) erteilt werden. Nur wenn der Kommittent gewerbsmäßig Bank- oder Geldwechslergeschäfte betreibt, kann der

---

[1]) Wenn der Kommittent also durch Tradition zum Eigentümer gemacht worden ist.

[2]) Es entstehen dann überhaupt nicht die besonderen Pflichten aus der Aufbewahrung der Papiere für den Kommissionär, falls nicht der Kommittent nach bürgerlichem Recht Eigentümer geworden ist und dann dem Kommissionär die Pflichten eines Verwahrers obliegen (§ 7 des Depotgesetzes). Siehe unten.

[3]) Die meisten Kommissionäre übernehmen Einkaufskommissionen nur dann, wenn der Kommittent auf das Stückeverzeichnis verzichtet (oder einen Vorschuß für den Einkaufspreis gewährt). Vgl. Cosack Lehrb. d. Handelsr. S. 229. Rießer a. a. O. S. 39. v. Pechmann a. a. O. S. 20. Durch diese grundsätzliche Forderung des Verzichtes auf das Stückeverzeichnis wird den Absichten des Depotgesetzes systematisch entgegengewirkt.

Verzicht sowohl ein für allemal als auch formlos mündlich oder im voraus durch Unterschrift der entsprechend gefaßten Geschäftsbedingungen erfolgen.

Im Falle der Kommission zum Umtausch oder zur Geltendmachung eines Bezugsrechts (§ 5 des Depotgesetzes) darf die Übersendung unterbleiben, wenn die Stücke selbst innerhalb der Frist von 14 Tagen dem Kommittenten ausgehändigt werden[1].

Die Befolgung der bezüglich der Übersendung des Stückeverzeichnisses gegebenen Vorschriften sucht das Gesetz durch Festsetzung von geschäftlichen Nachteilen, welche den zuwiderhandelnden Kommissionär treffen sollen, zu erreichen.

Im Falle der Einkaufskommission (§ 3 des Depotgesetzes) hat der Kommittent nach § 4 das Recht, zurückzutreten und Schadenersatz wegen Nichterfüllung zu fordern, wenn der Kommissionär mit Erfüllung der ihm obliegenden Pflicht im

---

[1]) Wenngleich die Möglichkeit des Verzichtes in § 5 des Depotgesetzes nicht ausdrücklich erwähnt ist, so ist doch nicht anzunehmen, daß ein solcher hier überhaupt ausgeschlossen sein soll; ein innerer Grund dafür ist jedenfalls nicht vorhanden. Es ist vielmehr dafür zu halten, daß der auch hier zulässige Verzicht ebenfalls der Formvorschrift des § 5 Abs. 2 unterliegt, weil ja § 5 auch ausdrücklich auf § 3 Abs. 1 hinsichtlich der Form des Stückeverzeichnisses Bezug nimmt. Daß im übrigen das Depotgesetz den Kommissionsauftrag aus § 5 des Depotgesetzes bezüglich seiner Folgen, insbesondere hinsichtlich des Eigentumsüberganges gemäß § 7 Abs. 1 und der Pflichten eines Verwahrers gemäß § 7 Abs. 2 des Gesetzes, dem Kommissionsauftrage aus § 3 des Gesetzes hat gleichstellen wollen, ergiebt sich, abgesehen von der Notwendigkeit, den Kommittenten des § 5 desselben Schutzes zu versichern, wie den des § 3, schon aus dem Umstande, daß der § 7 den §§ 5 und 6 nachgestellt ist und daß somit die in § 7 Abs. 1 erwähnte Absendung des Stückeverzeichnisses, weil etwas anderes nicht bestimmt ist, das Stückeverzeichnis des § 5 mit umfaßt. Vgl. Apt a. a. O. S. 37. Anm. zu § 5. Kunreuther a. a. O. S. 128 Note 2. Küttner a. a. O. S. 56 Note 5.

Verzuge ist und das Versäumte nicht binnen drei Tagen nach ergangener Aufforderung[1]) nachholt; in den Fällen der Kommission des § 5 des Depotgesetzes verliert der Kommissionär, der seiner Pflicht nicht genügt, das Recht der Provision (§ 6).

---

## II. Der Eigentumsübergang.

### § 14.

### Die Frage des Eigentumsüberganges überhaupt und die rechtliche Beurteilung seiner Herbeiführung durch Absendung des Stückeverzeichnisses.

Mit den oben dargestellten, mehr formalen Sicherheiten des Kommittenten gegenüber dem Kommissionär begnügt sich aber das Depotgesetz nicht; es geht auch auf die Frage des Eigentums an den Papieren ein, die auf Grund des Kommissionsgeschäftes in den Gewahrsam des Kommissionärs gelangen, und sucht diese in einer beide Teile befriedigenden Weise zu lösen. Der § 7 des Depotgesetzes verordnet nämlich, daß mit der Absendung des Stückeverzeichnisses das Eigentum an den darin verzeichneten Wertpapieren auf den Kommittenten übergeht, soweit der Kommissionär über die Papiere zu verfügen berechtigt ist. Dabei bleiben aber die Bestimmungen des Bürgerlichen Rechts, nach denen der Eigentumsübergang schon früher erfolgt, unberührt. Des weiteren bestimmt dann § 7 Abs. 2 a. a. O., daß der Kommissionär hinsichtlich der in seinem Gewahrsam befindlichen, in das Eigentum

---

[1]) Die Nachfrist des Art. 356 Hand.-Gesetzb. — Der Kommittent muß binnen 3 Tagen nach Ablauf der Nachholungsfrist dem Kommissionär erklären, daß er von dem Rücktrittsrechte Gebrauch mache, sonst verliert die Aufforderung ihre Wirkung und muß dann wiederholt werden. § 4 Abs. 2 des Depotgesetzes.

des Kommittenten übergegangenen Wertpapiere die oben erörterten Pflichten eines Verwahrers hat, wie sie in § 1 des Depotgesetzes enthalten sind.

Die Frage des Eigentumsüberganges der auf Grund des Kommissionsgeschäftes in den Gewahrsam des Kommissionärs gelangenden Wertpapiere ist von großer Bedeutung für die Rechte des Kommittenten an ihnen bei Pfändungen Dritter sowie im Konkurse des Kommissionärs[1]).

Um hierin Klarheit zu schaffen, mußte das Depotgesetz die Frage des Eigentums lösen; es mußte bestimmen, daß, wann und wie der Kommittent Eigentümer der vom Kommissionär für ihn angeschafften Papiere werde. Es würde nicht genügt haben, wenn im Depotgesetze nur die Frage geordnet worden wäre, wer der (juristische) Besitzer der vom Kommissionär eingekauften Papiere sei, und wenn etwa die Bestimmung getroffen worden wäre, durch die Übersendung des Stückeverzeichnisses werde der juristische Besitz an den Kommittenten übertragen. Damit wäre den Interessen des Kommittenten, zumal im Konkurse des Kommissionärs, nur wenig gedient gewesen; es wäre dann die Frage entstanden, wie nach dem einschlägigen Landesgesetze die Übersendung des Stückeverzeichnisses zu beurteilen, ob sie insbesondere etwa als (symbolische) Tradition aufzufassen sei, die den Kommittenten zum Eigentümer machte und damit gegen den Kommissionär und Dritte schützte.

Da der Eigentumsübergang der eingekauften Papiere an die Absendung des Stückeverzeichnisses geknüpft ist, so bedarf es nicht erst der Einhändigung des Stückeverzeichnisses an den Kommittenten. Es geht vielmehr das Eigentum schon in dem Augenblicke über, wo der Kommissionär das Stückeverzeichnis dem Beförderer (der Post, Eisenbahn, dem Boten usw.) zum Zwecke der Überbringung an den Kommittenten ausgehändigt

[1]) Vgl. hierüber Begründung zum Gesetzentwurf S. 89. Lusensky a. a. O. S. 58.

hat[1]). Da aber dem Beförderer oder Überbringer des Stückeverzeichnisses der Wille, für den Kommittenten Eigentum zu erwerben, fehlt, so kann er nicht als Stellvertreter des Kommittenten zwecks Erwerbs zu Eigentum angesehen werden. Da des weiteren in der Aushändigung des Stückeverzeichnisses an den Überbringer auch nicht eine besondere Übertragungsform[2]) des Eigentums erblickt werden kann, so bleibt zur rechtlichen Konstruktion der Wirkung der Absendung des Stückeverzeichnisses nur die Annahme übrig, daß es sich um einen auf Gesetz beruhenden Eigentumsübergang, eine Art des sogen. transitus dominii legalis, handelt, ohne daß es für diesen Rechtsvorgang einer andern Förmlichkeit bedürfte. Daß bei diesem Eigentumsübergange der Ablauf der Frist nach der natürlichen Zeitberechnung berechnet werden muß, ergiebt sich aus dem gewählten Ausdruck: „mit der Absendung", d. h. mit dem Augenblicke der Absendung[3]).

## § 15.

## Einschränkung und Erleichterung des Eigentumsüberganges.

Nach § 7 des Depotgesetzes geht mit Absendung des Stückeverzeichnisses das Eigentum an den darin verzeichneten Papieren auf den Kommittenten nur insoweit über, als der Kommissionär über die Papiere zu verfügen berechtigt ist. Diese Bestimmung

[1]) Es ist nicht erforderlich, daß das vom Kommissionär abgesandte Verzeichnis auch bei dem Kommittenten ankommt. Vgl. Cosack a. a. O. S. 229. Ebensowenig kommt es auf einen bei Absendung des Stückeverzeichnisses vom Kommissionär gefaßten oder nicht gefaßten Willen der Eigentumsübertragung an. Vgl. v. Pechmann a. a. O. S. 247.

[2]) Es müßte denn der Wille des Kommissionärs, Eigentum zu übertragen, vorhanden sein; dieser Wille ist aber bei Absendung des Stückeverzeichnisses belanglos, daher unrichtig Rießer a. a O. S. 31 f.

[3]) Diese sogen. Naturalkomputation (a momento ad momentum) kann bei dem von bestimmter Stunde an (§ 100 der Konkursordnung) rechnenden Konkurse des Kommissionärs von Bedeutung werden.

enthält eine weitgreifende Einschränkung des Eigentumsüberganges[1]) und zugleich die Folge, daß die Absendung des Stückeverzeichnisses nicht als eine Übergabe im Sinne des Art. 306 des Allgem. Deutsch. Handelsgesetzbuchs aufzufassen ist; daher wird der selbst gutgläubige Kommittent nicht Eigentümer, wenn der Kommissionär über die Papiere nicht verfügen, d. h. das Eigentum nicht übertragen konnte, weil er selbst keine Verfügungsbefugnis besaß. Zu Gunsten der Sicherstellung des Eigentums eines Dritten muß alsdann der gute Glaube des Kommittenten zurücktreten[2]).

Anderseits ist es nicht erforderlich, daß der das Stückeverzeichnis absendende Kommissionär im Augenblicke der Absendung bereits Besitzer und Eigentümer der im Stückeverzeichnis verzeichneten Papiere sei[3]). Um den Kommittenten durch die Absendung des Stückeverzeichnisses zum Eigentümer der Papiere zu machen, genügt es, wenn nur der Kommissionär im Augenblicke der Absendung Verfügungsberechtigter war. Mag daher auch der Kommissionär, der die Papiere durch Einkauf anschafft,

---

[1]) Vgl. Artt. 2279. 2280 Code civil. § 935 Abs. 2 Bürg. Gesetzb. §§ 366, 367 Hand.-Gesetzb. vom 10. Mai 1897. Die Einschränkung des § 7 Abs. 1 des Depotgesetzes als einer Sondervorschrift hat durch die Bestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuches und des neuen Handelsgesetzbuches, die den Grundgedanken des Art. 306 des Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuches wiedergeben, nicht geändert werden sollen.

[2]) And. Mein. zu Unrecht Kunreuther a. a. O. S. 125. 126 Note 1. Sollten die Bestimmungen der Artt. 306. 307 Hand.-Gesetzb. auch unter der Herrschaft des Depotgesetzes angewandt werden, so bedurfte es nicht des ausdrücklichen Zusatzes in § 7 Abs. 1: „soweit der Kommissionär über die Papiere zu verfügen berechtigt ist“; durch diese Vorschrift des Depotgesetzes als eines nach dem Hand.-Gesetzb. erlassenen Sonder-Reichsgesetzes werden die bezüglichen Vorschriften der früheren Gesetze für die hinterlegten Wertpapiere des § 1 des Depotgesetzes abgeändert.

[3]) Vgl. Staub, Kommentar S. 873 Note § 11 zu Art. 360.

diese von seinem Verkäufer noch nicht überliefert erhalten haben, sodaß er weder Besitzer noch Eigentümer ist, sondern lediglich einen obligatorischen Anspruch gegen seinen Verkäufer auf Lieferung hat: er macht gleichwohl, wenn er in diesem Zeitpunkt das Stückeverzeichnis an den Kommittenten absendet, diesen zum Eigentümer der im Stückeverzeichnis aufgeführten Papiere.

§ 16.

## Der Eigentumsübergang nach dem Bürgerlichen Recht.

Der im Depotgesetz geregelte Eigentumsübergang infolge Absendung des Stückeverzeichnisses tritt aber nur aushilfsweise ein, falls nämlich nicht etwa nach den Bestimmungen des Bürgerlichen Rechts der Übergang des Eigentums schon zu einem früheren Zeitpunkte erfolgt. Mit dieser Bestimmung des § 7 Abs. 1 ist die das Eigentumsverhältnis regelnde Norm des Depotgesetzes gegenüber dem Gemeinen Recht, dem sonstigen Reichsrecht und Landes-Partikularrecht zu einer subsidiären Rechtsquelle geworden. Denn das in erster Linie in Frage kommende Handelsgesetzbuch enthält keine ausdrücklichen Bestimmungen hinsichtlich des Besitz- und Eigentumsverhältnisses an dem Kommissionsgute; es läßt vielmehr die Frage, wann und unter welchen Bedingungen der Kommittent Eigentümer wird, offen[1]. Es kommt daher jedesmal diejenige örtliche Rechtsvorschrift für den Eigentumserwerb zur Anwendung, nach der sich dieser am ehesten vollzieht, wobei, wie schon erwähnt, das Landesrecht desjenigen Ortes anzuwenden ist, an dem die Papiere sich befinden[2].

[1] Vgl. Entsch. d. Reichsg. in Zivils. Bd. 11 S. 55. — Staub, Kommentar. Anm. zu Art. 360 S. 973 § 11 Note 2b.

[2] Vgl. Entsch. d. Reichsg. in Zivils. Bd. 11 S. 55.

Bei der Anwendung dieser gesetzlichen Normen ist im Gemeinen und Preußischen[1]) Recht davon auszugehen, daß in der Regel der Kommissionär, weil er in eigenem Namen kauft, auch zunächst das Eigentum an dem Kommissionsgute erwirbt[2]).

Für den Übergang des Eigentums vom Kommissionär auf den Kommittenten bedarf es daher nach Gemeinem Recht und Preußischem Landrecht eines Traditionsaktes seitens des Kommissionärs. Der Kommittent hat also hier gegen den Kommissionär nur einen persönlichen (obligatorischen) Anspruch auf Ausantwortung des Kommissionsgutes, sodaß der Kommissionär bis zur Ablieferung das Gut veräußern und das Eigentum auf Dritte übertragen kann[3]).

---

[1]) Anders wird man für das Rhein.-Franzöf. Recht zu entscheiden haben. Nach Art. 1138 Code civil geht das Eigentum durch die bloße Willensübereinstimmung der Vertragschließenden über. (Vgl. Art 1583 Code civil.) Man wird daher annehmen müssen, daß der Kommittent mit dem für ihn geschehenen Einkaufe einzeln bestimmter Papiere das Eigentum an diesen in demselben Augenblicke, in dem der Kaufvertrag durch den Kommissionär mit dem Verkäufer abgeschlossen wird, erwirbt. Vgl. Zachariä—Dreyer, Handbuch. Bd. 2 S. 300 und Note 16. Bd. 1 S. 477 ff. Cretschmar, Rhein. Zivilrecht, S. 198. Anm zu Art. 1138. — Beim Kauf von nur der Art oder Gattung nach (generisch) bestimmten Sachen durch den Kommissionär erfordert der Eigentumsübergang auf den Kommittenten zunächst eine Individualisierung der Sachen. Vgl. Zachariä—Dreyer, Bd. 1 S. 477 Note.

[2]) Entsch. d. Reichsg. in Zivilf. Bd. 11 S. 56. So die herrschende Meinung. Vgl. Jung, in Goldschmidts Zeitschrift f. d. gesamte Handelsrecht Bd. 47 S 218. Es ist versucht worden, die entgegengesetzte Ansicht, wonach der Kommissionär an dem individualisierten Kommissionsgute mit dem Zeitpunkte der Erwerbung unmittelbar das Eigentum für den Kommittenten erwerbe, auf Bestimmungen des Allg. Deutschen Hand.-Gesetzb. zu stützen, so Strohal a. a. O. S. 361 f. Allein diese Versuche sind als mißglückt zu erachten. Vgl. Jung a. a. O. S. 185. Entsch. d. Reichsg. in Zivilf. Bd. 11 S. 55.

[3]) Vgl. Kowalzig, Allg. Deutsch. Hand.-Gesetzb., Anm. zu Art 362 S. 401 Note 36.

Der erwähnte Traditionsakt kann nun aber auch, was für das bank- und börsenmäßige Kommissionsgeschäft von besonderer Bedeutung ist, mittels eines sogen. constitutum possessorium[1]) geschehen. Dieses besteht darin, daß der Kommissionär dem Kommittenten erklärt, das gekaufte Gut nicht mehr als sein — des Kommissionärs — Eigentum im eigenen Namen, sondern für den Kommittenten als dessen Verwahrer besitzen zu wollen[2]). Diese Äußerung, die Gegenstände auf den Namen eines andern weiter besitzen zu wollen, kann, wie jede Willenserklärung, nicht nur ausdrücklich, sondern auch stillschweigend durch entsprechende Handlungen erfolgen. Um aber bei der Kommission über eingekaufte Wertpapiere die Eigentumsübertragung mittels des Konstituts zu erzielen, bedarf es ferner einer gehörigen Spezialisierung der für den Kommittenten bestimmten Papiere seitens des Kommissionärs durch Eintragung der Zahl, Nummern und sonstiger Unterscheidungsmerkmale auf das Konto des Kommittenten in die Geschäftsbücher des Kommissionärs; doch genügt auch schon die Ausscheidung der Papiere aus einer im Besitze des Kommissionärs befindlichen Menge von Papieren gleicher Gattung, und getrennte Inverwahrnahme der ausgeschiedenen Papiere. Nur muß der Kommissionär hierbei entsprechend dem Kommissionsvertrage die Absicht haben, die Papiere nicht für sich zu Besitz und Eigentum zu behalten, sondern sie für den Kommittenten als dessen Verwahrer zu detinieren, und den Willen, den Besitz und das

---

[1]) Für das Gemeine Recht vgl. Entsch. d. Reichsg. in Seuffert's Archiv Neue Folge Bd 9 S. 397 f., die eine ausführliche Erörterung über das constitutum possessorium und dessen Wirkungen giebt. Ferner Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts Bd. 1 § 155 S. 514 Anm. 9. Für das Preußische Landrecht (Teil I Titel 7 § 71) vgl. Entsch. d. Reichsg. in Zivils. Bd. 11 S. 60.

[2]) Vgl. Staub, Kommentar zum Allg. Deutschen Hand.-Gesetzb. Anm. zu Art. 360 S 973. Entsch. d. Reichsg. in Zivils. Bd. 11 S. 56 ff. Entsch. d. Oberhand.-Gerichts Bd. 19 S. 78. Puchelt, Kommentar zum Hand.-Gesetzb. Bd. 2 Note zu Art. 360 S. 343.

Eigentum an den Papieren auf den letzteren zu übertragen. Während mit dem Vorhandensein dieser Thatumstände nach Gemeinem Recht das Konstitut begründet ist, erfordert das Preußische Recht außerdem die ausdrückliche Erklärung des bisherigen Besitzers (des Kommissionärs) dem Kommittenten gegenüber, für den letzteren nunmehr die Sachen in Verwahr zu haben [1]). Ist das Konstitut innerhalb des Kommissionsverhältnisses in dieser Weise zustande gekommen, so wird der Kommittent der juristische Besitzer und Eigentümer der Papiere, und der Kommissionär bleibt nur Detentor, der für einen andern die Papiere in Gewahrsam hat.

Es gehört nicht wesentlich zum Begriffe des Konstituts, daß der Kommittent gleich beim Abschlusse des Kommissionsvertrages mit dem Kommissionär die Nebenabrede abschloß, der Kommissionär solle die Papiere nach der Anschaffung für den Kommittenten in Verwahr nehmen. Denn schon der Kommissionsauftrag enthält mindestens stillschweigend auch den weitern Auftrag, die angeschafften Papiere zu verwahren. Wenn der Kommissionär die Absicht hat und sie durch die Handlung der oben gekennzeichneten Spezialisierung der Papiere äußert, die im eigenen Namen erworbenen Papiere fortan nicht mehr für sich, sondern im Namen des Kommittenten als dessen Eigentum weiter detinieren zu wollen [2]), so ist schon hiermit das Konstitut vollzogen, Besitz und Eigentum auf den Kommittenten übergegangen; es bedarf also eines etwaigen — vorher erteilten — Auftrages zur Verwahrung nicht, um das Konstitut und seine Wirkungen eintreten zu lassen.

Unter der demnächstigen Herrschaft des Bürgerlichen Gesetzbuchs werden folgende Grundsätze als maßgebend zu erachten sein [3]):

[1]) Vgl. Kunreuther a. a. O. S. 125 Note 2. Apt a. a. O. S. 10.

[2]) Nach Preußischem Recht ist außerdem, wie bemerkt, eine diesbezügliche Erklärung des Kommissionärs an den Kommittenten erforderlich.

[3]) Der § 383 des neuen Handelsgesetzbuches enthält nicht die Vorschrift, wie sie Art. 360 Abs. 2 des Allg. Deutsch. Hand.-Gesetzb. vor-

Die Übertragung des Eigentums an einer beweglichen Sache erfordert gemäß § 929 des Bürgerlichen Gesetzbuchs, daß der Eigentümer die Sache dem Erwerber übergiebt und beide darüber einig sind, daß das Eigentum übergehen soll. Der Besitz einer Sache wird nach § 854 des Bürgerlichen Gesetzbuchs durch die Erlangung der thatsächlichen Gewalt über die Sache erworben. Handelt es sich nun um eine Einkaufskommission von einzeln und genau bestimmten Papieren (also um einen Spezieskauf), so ist es nicht ausgeschlossen, daß trotz der Annahme des Verkäufers, er werde durch die Übergabe nach abgeschlossenem Kaufvertrage den als Ankäufer auftretenden Kommissionär zum Besitzer und Eigentümer machen, und trotz der thatsächlichen Übergabe an diesen, der Besitz und das Eigentum der Sache auf einen Dritten unmittelbar übergeht, wenn nämlich der Kommissionär für diesen Dritten handelt und den Willen besitzt, die Sache für ihn zu erwerben[1]. Es hat dann der § 868 des Bürgerlichen Gesetzbuchs Anwendung zu finden, der besagt: „Besitzt jemand eine Sache als Nießbraucher, Pfandgläubiger, Pächter, Mieter, Verwahrer oder in einem ähnlichen Verhältnis, vermöge dessen er einem andern gegenüber auf Zeit zum Besitze berechtigt oder verpflichtet ist, so ist auch der andere Besitzer (mittelbarer Besitz).“ Ohne Frage steht der Kommissionär dem Kommittenten gegenüber im Verhältnis sowohl eines Verwahrers als auch eines Pfandgläubigers. Wird demnach dem Kommissionär von einem Dritten das Eigentum gemäß § 929 des Bürgerlichen Gesetzbuchs übertragen, so kann es keinem Bedenken unterliegen, daß der Kommittent mit dem Augenblick der Erwerbung der einzeln bestimmten Sache

sieht, daß durch die Geschäfte, die der Kommissionär mit Dritten abschließt, nur er allein berechtigt und verpflichtet wird. Das bestehende Recht hat aber wohl dadurch nicht geändert werden sollen. Vgl. Litthauer, Hand.-Gesetzb. S. 512.

[1]) Bezüglich des geltenden Rechts vgl. auch Entsch. des Reichsg. in Zivils. Bd. 24 S. 314.

durch den Kommissionär als Besitzmittler gegebenen Falls mittelbarer Besitzer, und somit unmittelbar Eigentümer der Sache wird[1].

Steht aber ein Kauf von nur nach Art oder Gattung (generisch) bestimmten Papieren seitens des Kommissionärs in Frage, dann ist die Sachlage eine andere. Hier kann von einer direkten Übertragung des mittelbaren Besitzes und des Eigentums auf den Kommittenten keine Rede sein, weil der Kaufgegenstand als etwas zunächst rein Abstraktes nur in Beziehung zu dem Kommissionär steht und zunächst in dessen Besitz und Eigentum übergeht. Gemäß § 930 des Bürgerlichen Gesetzbuchs kann nun die Übergabe einer im Besitze des Eigentümers befindlichen Sache auf einen andern so erfolgen, daß zwischen dem ersteren und dem Erwerber ein Rechtsverhältnis vereinbart werde, vermöge dessen der Erwerber den mittelbaren Besitz erlangt. Somit gewährt das Bürgerliche Gesetzbuch hier die Möglichkeit, daß bei der durch den Kommissionär erfolgenden Individualisierung des Kommissionsgutes dieser mittels Konstituts in Ausführung der mit dem Kommittenten getroffenen Vereinbarung auf den letzteren den mittelbaren Besitz und das Eigentum überträgt[2].

---

[1]) Der § 855 B. G.-B., der von dem Verhältnis des Besitzdieners handelt, kann nicht in Frage kommen, weil der § 855 nur solche Personen im Auge hat, die lediglich als Werkzeuge eines anderen nach dessen Willen handeln, wie etwa Dienstboten; der Besitzdiener ist nicht, wie der Kommissionär, berechtigt, gewisse Bestimmungen über die Sache kraft eigenen Rechts zu treffen und gegebenen Falls ein Zurückbehaltungsrecht an ihr zur Geltung zu bringen.

[2]) Vgl. Jung a. a. O. S. 209. — Zumeist handelt es sich übrigens bei der Einkaufskommission um einen Genuskauf, sodaß auch in der Regel das von dem Kommissionär erworbene Gut zuvörderst auf diesen übergehen und sodann in Verlauf der weiteren Rechtsvorgänge in das Eigentum des Kommittenten gelangen wird.

## § 17.

## Einwirkung des Eigentumsüberganges auf den Charakter des Kommissionsauftrages.

Ist der Kommittent durch die Absendung des Stückeverzeichnisses oder gegebenen Falls schon früher auf Grund des Bürgerlichen Rechts durch Konstitut oder durch sonst eine gesetzlich zulässige Art der Eigentumsübertragung Eigentümer der für ihn vom Kommissionär angeschafften Wertpapiere geworden, so hat der Kommissionär gemäß § 7 Abs. 2 des Depotgesetzes an diesen in seinem Gewahrsam befindlichen Stücken die in § 1 des Gesetzes aufgeführten Pflichten des Verwahrers.

Die Bestimmung des § 7 Abs. 2 des Depotgesetzes bezieht sich demnach nicht nur auf den Fall, wenn der Kommissionär durch Absendung des Stückeverzeichnisses das Eigentum auf den Kommittenten überträgt, sondern überhaupt auf den Eintritt des Eigentumsüberganges an den Kommittenten.

Mit dem Übergange des Eigentums der Papiere auf den Kommittenten geht aber der Kommissionsauftrag nicht etwa völlig in einen Verwahrungsvertrag über, sondern das in der Kommission liegende Mandat dauert, wenngleich es im übrigen durch Anschaffung der Papiere erledigt ist, insoweit fort, als der Kommissionär nunmehr aus dem Mandat außerdem die in § 1 des Depotgesetzes bezeichneten Pflichten eines Verwahrers erhält. An diesen Rechtszustand kann sich dann ein ähnliches Verhältnis anknüpfen, wie es der unregelmäßige Verwahrungsvertrag des § 2 des Depotgesetzes darstellt.

Der Kommittent kann also den Kommissionär als Verwahrer ermächtigen, an Stelle der verwahrten Papiere gleichartige zurückzugewähren oder über sie zu seinem Nutzen zu verfügen. Aber auch durch eine derartige Ermächtigung geht das bestehende Kommissionsgeschäft und sein Mandatscharakter nicht unter; es findet keine Umwandlung, etwa mittels Novation, in einen unregel-

mäßigen Verwahrungsvertrag statt. Es tritt vielmehr, wenn der Kommissionär von der erteilten Ermächtigung Gebrauch macht, nur die Wirkung ein, daß der Kommittent das infolge der Absendung des Stückeverzeichnisses oder sonstwie auf Grund des Bürgerlichen Rechts erworbene Eigentum der Papiere hinterher an den Kommissionär wieder verliert; der Kommittent bleibt hierbei auf einen persönlichen Anspruch der Rückgabe der Stücke in gleicher Zahl und Art beschränkt[1].

---

## III. Folgen der Nichtabsendung des Stückeverzeichnisses.

### § 18.

Erfüllt der Kommissionär nicht die Pflicht der rechtzeitigen Absendung des Stückeverzeichnisses an den Kommittenten[2], so knüpft hieran das Gesetz nicht etwa die Wirkung, daß nunmehr das Eigentum an den kommissionsweise angeschafften Papieren ohne weiteres auf den Kommittenten überginge, sondern es treffen den Kommissionär nur gesetzlich bestimmte Nachteile, wie sie oben erwähnt sind.

Ist die Absendung des Stückeverzeichnisses auf Grund eines ordnungsmäßigen Verzichtes des Kommittenten (oder infolge der Auslieferung der Stücke an den Kommittenten oder infolge deren Wiederveräußerung) unterblieben, so wird der Kommissionär dem Kommittenten gegenüber zum nur persönlich verpflichteten Stückeschuldner[3]. Die Frage des Eigentumsüberganges ist als=

[1]) Die Rechte des Kommissionärs (Artt. 374. 375. 313. 314 Hand.=Gesetzb.) bleiben also unberührt.

[2]) Wegen der Folgen der Übersendung eines falschen Stückeverzeichnisses vgl. Apt, Depotgesetz S. 35 Nr. 8.

[3]) Vgl. Rießer a. a. O. S. 34.

dann ausschließlich nach dem Bürgerlichen Recht zu beurteilen, und es greift, sobald nach diesem das Eigentum auf den Kommittenten übergegangen ist, auch § 7 Abs. 2 des Depotgesetzes Platz, wonach der Kommissionär mit den Pflichten eines Verwahrers gemäß § 1 des Gesetzes belastet wird. Es kann nicht als zutreffend erachtet werden, wenn man[1]) aus dem Verzichte des Kommittenten auf Absendung des Stückeverzeichnisses auch dessen Verzicht auf den etwa nach dem Bürgerlichen Recht früher eintretenden Übergang des Eigentums an ihn folgert. Denn, abgesehen davon, daß Verzichte stets zu Gunsten des Verzichtenden auszulegen sind, kann der Verzicht des Kommittenten auf die Absendung des Stückeverzeichnisses nur die an diese Absendung gesetzlich geknüpfte Wirkung des Eigentumsüberganges berühren; er betrifft nicht allgemein den Eigentumsübergang und beseitigt insbesondere nicht die infolge anderer, aus dem Bürgerlichen Rechte sich ergebenden Gründe eintretende Wirkung des Eigentumsüberganges[2]).

Was die Wirkung des Verzichtes des Kommittenten auf die Absendung des Stückeverzeichnisses bezüglich der in § 7 Abs. 2 des Depotgesetzes angeordneten Beobachtung der Pflichten eines Verwahrers betrifft, so ist weder die Ansicht von Apt[3]), der diese Pflicht unbedingt bestehen lassen will, noch die von Rießer[4]), der sie mit dem Verzicht als wegfallend ansieht, völlig richtig. Es ist auf die bewirkte Eigentumsübertragung zurückzugehen. Ist der Kommissionär von der Absendung des Stückeverzeichnisses

[1]) So Rießer a. a. O. S. 14.

[2]) Ebenso Staub a. a. O. zu Art. 361 S. 980 § 28. Nur will Staub eine allgemeine Vermutung des Verzichts auf die Eigentumsübertragung aus dem Verzicht auf das Stückeverzeichnis, vorbehaltlich des gegen diese Vermutung aus den Umständen zu führenden Gegenbeweises, herleiten. Allein auch dies erscheint durch nichts begründet

[3]) Apt a. a. O. S. 34 Nr. 5 a. E.

[4]) Rießer a. a. O. S. 37.

befreit, der Kommittent aber nach dem Bürgerlichen Recht auch ohne diese Absendung Eigentümer der Stücke geworden, so beginnen auch, wie schon erwähnt, von diesem Zeitpunkte an für den Kommissionär auf Grund des § 7 Abs. 2 die Pflichten eines Verwahrers. Denn der § 7 Abs. 2 läßt die Beobachtung oder Nichtbeobachtung dieser Pflichten nicht ausschließlich von der Absendung oder Nichtabsendung des Stückeverzeichnisses abhängig sein, sondern legt allgemein diese Pflichten des Verwahrers dann auf, wenn das Eigentum der Papiere — einerlei ob durch Absendung des Stückeverzeichnisses oder auf Grund einer Vorschrift des Bürgerlichen Rechts — auf den Kommittenten übergegangen ist.

# Litteratur-Verzeichnis.


Apt, Depotgesetz (Gesetz, betreffend die Pflichten der Kaufleute bei Aufbewahrung fremder Wertpapiere, vom 5. Juli 1896). 2. Auflage. Berlin 1896.

Arndts, Lehrbuch der Pandekten. 9. Auflage. Stuttgart 1877.

Bondi, Die Berufspflichten des Bankiers. Berlin 1897.

Cosack, Lehrbuch des Handelsrechts. 4. Auflage. Stuttgart 1898.

— Lehrbuch des Deutschen Bürgerlichen Rechts. Band 1. 1898.

Cretschmar, Rheinisches Zivilrecht. 3. Auflage. Düsseldorf 1892.

Dernburg, Pandekten. Band 2. 5. Auflage. Berlin 1897.

— Lehrbuch des Preußischen Privatrechts. Band 2. 5. Auflage. 1897.

Endemann, Das Depotgesetz, in der Deutschen Juristenzeitung, 1. Jahrgang Nr. 20. Berlin 1896.

— Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. Einführung in das Studium der Bürgerlichen Gesetzgebung. 5. Auflage. Berlin 1898.

Engelmann, Das Preußische Privatrecht und das Privatrecht des Reichs. 6. Auflage. Breslau 1896.

Entwurf eines Gesetzes, betreffend die Pflichten der Kaufleute bei Aufbewahrung fremder Wertpapiere und Begründung. Berlin 1895.

Entscheidungen des Reichs-Oberhandelsgerichts. Band 19.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen. Band 11. 12. 16. 18. 19. 21. 23. 24. 25. 33. 37. 38.

Fischer-Henle, Bürgerliches Gesetzbuch. München 1897.

Förster-Eccius, Preußisches Privatrecht. Band 2. 7. Auflage. Berlin 1897.

Freund, im Berliner Börsenkurier Nr. 38, 1896.

Gareis, Das Deutsche Handelsrecht. 3. Auflage. Berlin und Leipzig 1888.

— Das Handels-Gesetzbuch vom 10. Mai 1897. München 1898.

Gerber, System des Deutschen Privatrechts. 15. Auflage. Jena 1866.

Goldschmidt, L., Prof., Börsen und Banken, in den Preußischen Jahrbüchern, Dezemberheft 1891.

— Jul., Rechtsanwalt, Vortrag zur Reform des Bank-Depotwesens in den „Veröffentlichungen des Berliner Anwaltsvereins". Heft I. Berlin 1892.

Goldschmidt, Jul., Rechtsanwalt, Empfiehlt sich eine besondere gesetzgeberische Regelung der sogen. Depotgeschäfte und eine Sonderung ihrer verschiedenen Arten? in den Verhandlungen des 22. Deutschen Juristentages. Band 1. Berlin 1892.

Ihering, Jahrbücher für Dogmatik. Band 10.

Jung, Der Eigentumsübergang beim Kommissionseinkauf, in Goldschmidt's Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht. Band 47. Stuttgart 1898.

Juristische Wochenschrift, Organ des Anwaltsvereins Nr. 25 und 26. Berlin 1898.

Keller, Pandekten. Leipzig 1861.

Koch, Das Recht der Forderungen. Band 3. 2. Auflage. Berlin 1859.

— Giroverkehr, in Conrad's Handwörterbuch der Staatswissenschaften. Band 4. Jena 1892.

Kowalzig, Allgemeines Deutsches Handelsgesetzbuch. Berlin 1876.

Kunreuther, Börsengesetz und Gesetz, betreffend die Pflichten der Kaufleute bei Aufbewahrung fremder Wertpapiere. Berlin 1896.

Küttner, Das Börsengesetz für das Deutsche Reich und das Depotgesetz. Leipzig 1896.

Laband, Das Staatsrecht des Deutschen Reichs. Band 1. 3. Auflage. Freiburg i. B. und Tübingen 1895.

Lesse, Empfiehlt sich eine besondere gesetzgeberische Regelung der sogen. Bankdepotgeschäfte und eine Sonderung ihrer verschiedenen Arten? in den Verhandlungen des 22. Deutschen Juristentages. Band 1. Berlin 1892.

Lexis, Papiergeld, in Conrad's Handwörterbuch der Staatswissenschaften. Band 5. Jena 1895.

Litthauer, Das Handelsgesetzbuch vom 10. Mai 1897. Berlin 1898.

Lusensky, Gesetz, betreffend die Pflichten der Kaufleute bei Aufbewahrung fremder Wertpapiere. Berlin 1896.

Meißner, Das Bürgerliche Gesetzbuch. Breslau 1898.

Meyer, Georg, Lehrbuch des Deutschen Staatsrechts. 2. Auflage. Leipzig 1885.

Nasse, Banken, in Conrad's Handwörterbuch der Staatswissenschaften. Band 2. Jena 1890.

Neumann-Hofer, Depositengeschäfte und Depositenbanken. Leipzig 1894.

Oertmann, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Band 2. Berlin 1899.

v. Pechmann, in den Blättern für Rechtsanwendung, zunächst in Baiern. Band 52. Erlangen 1897.

v. Philippovich, Banken, in Conrad's Handwörterbuch der Staatswissenschaften. Band 2. Jena 1890.

Planck, Bürgerliches Gesetzbuch. Berlin 1899.

Puchelt, Kommentar zum Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuch. Band 2. 2. Auflage. Leipzig 1885.

Puchta, Pandekten. 10. Auflage. Leipzig 1866.

Reatz, Bürgerliches Gesetzbuch für das Deutsche Reich. Gießen 1897.

Reinhold, Wo bleibt der Schutz des Publikums bei dem Depotgesetz? Berlin 1896.

Rehbein und Reincke, Das Allgemeine Landrecht für die Preußischen Staaten. Band 2. 2. Auflage. Berlin 1882.

Rießer, Das Bankdepotgesetz vom 5. Juli 1896. Berlin 1897.

Saling's Börsenpapiere. Band 1. 5. Auflage Berlin 1887.

v. Schey, Die Obligationsverhältnisse des österreichischen allgemeinen Privatrechts. Band 1. Heft 2. Wien 1892.

— Das Bankdepotgesetz, in Holdheim's Monatsschrift für Aktienrecht und Bankwesen. 5. Jahrgang. 1896.

Staub, Kommentar zum Allgemeinen Deutschen Handels-Gesetzbuch. 5. Auflage. Berlin 1897.

Stobbe, Handbuch des Deutschen Privatrechts. Band 3. Berlin 1878.

Strohal, in Holdheim's Monatsschrift für Aktienrecht und Bankwesen. 2. Jahrgang. Berlin 1893.

Vangerow, Lehrbuch der Pandekten. Band 3. 7. Auflage. Marburg 1869.

Weber, Die Ergebnisse der Deutschen Börsen-Enquete, in Goldschmidt's Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht. Band 43. Stuttgart 1894.

Willenbücher, Die Reichskonkursordnung. 5. Auflage. Berlin 1885.

Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts. Band 2. 6. Auflage. Frankfurt a. M. 1887.

Zachariä-Dreyer, Handbuch des Französischen Zivilrechts. Band 1 und 2. 7. Auflage. Freiburg i. B. 1886.